

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

L'Obéissance Hiérarchique

Thèse pour le Doctorat en Droit

présentée et soutenue le Mercredi 7 mars 1934

PAR

René BOUGRAT

JURY

*Président : M. MESTRE, Professeur,
Suffragants : M. J. BARTHÉLEMY, Professeur.
M. SCELLE, Professeur.*

PARIS

LES PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE
49, BOULEVARD SAINT-MICHEL (v°)

1934

L'Obéissance Hiérarchique

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

L'Obéissance Hiérarchique

Thèse pour le Doctorat en Droit

présentée et soutenue le Mercredi 7 mars 1934

PAR

René BOUGRAT

JURY

*Président : M. MESTRE, Professeur,
Suffragants : M. J. BARTHÉLEMY, Professeur.
M. SCELLE, Professeur.*

PARIS

LES PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE
49, BOULEVARD SAINT-MICHEL (V°)

—
1934



INTRODUCTION GENERALE

**Importance de cette question,
au point de vue de l'organisation et du fonctionnement
des services publics.
Son caractère d'actualité.**

A première vue, l'étude de l'obéissance hiérarchique paraît assez limitée. Elle semble se borner en effet, après un examen sommaire de la hiérarchie administrative, à la description et à l'analyse de cette obligation particulière aux fonctionnaires hiérarchisés : le devoir d'obéissance.

Mais en fait, ce serait une erreur profonde que de vouloir cantonner cette étude dans un cadre aussi étroit. L'examen des faits montre au contraire à chaque instant qu'il faut aborder de vastes problèmes de droit administratif, de droit constitutionnel et même de politique, sous peine de ne pouvoir comprendre, ni apprécier cette obligation d'obéissance.

Veut-on étudier la hiérarchie, connaître la nature et la raison d'être de cette forme particulière d'organisation administrative qui est la base même du devoir d'obéissance ? Il faut alors aborder le problème de la centralisation ou de la décentralisation ; étude essentielle, étude vitale, puisque de sa solution dépend l'organisation de l'Etat.

Nous retrouverons encore ce problème, quand plus tard nous rechercherons si tous les agents de l'Etat sont soumis au devoir d'obéissance. Là aussi, il nous faudra étudier la relation qui existe entre hiérarchie et centralisation, il nous faudra marquer les différences qui séparent la hiérarchie des administrations centralisées, du contrôle des administrations décentralisées.

Veut-on maintenant, sur le terrain du droit pur, rechercher la nature juridique du devoir d'obéissance ? Il nous faut alors opter pour le grand principe constitutionnel moderne de la toute puissance de la loi, ou au contraire accorder au pouvoir administratif un champ d'action distinct et indépendant, garanti par un devoir particulier d'obéissance des agents subordonnés à leurs chefs, et non à la loi seule, comme le suppose la théorie de la suprématie de la loi.

Nous aborderons plus tard le problème, essentiel dans notre étude, des limites du devoir d'obéissance en matière pénale comme en matière civile, pour les militaires comme pour les agents civils de l'administration.

De la solution que nous aurons donnée au problème précédent dépendront l'étendue et la force que nous assignerons au devoir d'obéissance.

Si nous tenons pour la suprématie de la loi, nous limitons singulièrement la portée de ce devoir, si nous accordons une grande indépendance et une activité propre à l'organe administratif, nous sommes tentés d'accroître cette subordination des agents et d'agrandir les limites du devoir d'obéissance.

Mais la portée que nous donnons à ce devoir a aussi une répercussion sur la responsabilité des agents. Si le pouvoir administratif central est très fort, si la subordination des agents est très stricte, leur responsabilité sera limitée. « Il n'y a pas de responsabilité là où il n'y a pas de liberté ».

Si au contraire la loi est considérée comme toute puissante, chaque fonctionnaire sera soumis avant tout à la loi, le devoir d'obéissance sera faible ou même inexistant, mais la responsabilité personnelle des agents sera très grande.

Nous touchons ainsi, par l'obéissance hiérarchique, au problème toujours délicat de la responsabilité, et spécialement, sur le terrain du contentieux administratif, à l'influence du devoir d'obéissance sur la distinction capitale entre la faute personnelle et la faute de service.

Notre étude, sous peine d'être incomplète, comportera nécessairement un chapitre où il sera traité des sanctions du devoir d'obéissance.

Sanctions du devoir d'obéissance des militaires ? Cela nous conduit à faire une incursion dans le domaine du droit pénal militaire.

Sanctions du devoir d'obéissance des agents de l'administration ? Il nous faut faire une esquisse rapide de la discipline des fonctions publiques, des peines qu'elle met en jeu, des procédures qu'elle emploie. Il nous faut dire un mot de l'évolution de ce pouvoir disciplinaire et de sa nature.

Ainsi, à chaque instant, il nous faut lier le problème de l'obéissance hiérarchique à d'autres pro-

blèmes dont il est inséparable. Mais ce n'est pas tout. Nous n'avons envisagé jusqu'ici que l'étude objective du devoir d'obéissance.

Plaçons-nous maintenant à un autre point de vue : sur le terrain des faits, de l'évolution des idées. Force nous est de constater que le principe même de la hiérarchie et son corollaire, le devoir d'obéissance, sont fortement battus en brèche. Un puissant mouvement syndicaliste est né, dont la doctrine a pour base la négation de toute hiérarchie, et l'instauration d'un système corporatif et décentralisé.

Nous ne pouvions pas méconnaître l'importance d'un tel mouvement, ni passer sous silence ses origines et les causes de son développement.

Des transformations profondes se sont accomplies récemment dans certains pays étrangers. Elles ont eu un tel retentissement qu'elles pourraient, le cas échéant, exercer une influence décisive sur le droit public de notre pays. Nous devons donc nécessairement en dire quelques mots.

La création d'organismes internationaux, destinés à fonctionner en permanence, a fait apparaître une nouvelle catégorie d'agents : les fonctionnaires internationaux. Il nous a paru intéressant d'étudier le devoir d'obéissance qui incombe à ces fonctionnaires, et de le comparer au devoir d'obéissance tel que nous l'avons étudié dans les institutions françaises.

Enfin, le devoir d'obéissance des militaires, qui avait toujours été considéré comme le plus strict, est contesté par certains, pour des raisons purement morales ou confessionnelles.

Ils vont même jusqu'à entrer en rébellion ouverte contre l'autorité militaire et à refuser tout service. Nous dirons aussi quelques mots de cette grave question des objecteurs de conscience, dont le caractère de brûlante actualité est incontestable.

De toutes nos explications, il résulte que l'étude pure et simple de l'obéissance hiérarchique est impossible. Nous ne pouvons pas étudier le devoir d'obéissance sans connaître la hiérarchie. Nous ne pouvons pas étudier la hiérarchie sans parler de centralisation ou de décentralisation. C'est-à-dire que le devoir d'obéissance n'est au fond qu'une conséquence de notre organisation administrative, qu'il dépend étroitement de l'état de notre droit public.

C'est pourquoi, au cours de notre étude, sans perdre de vue le but précis que nous nous sommes assignés, nous n'hésiterons pas à faire craquer le cadre de nos recherches, pour y introduire ces grands problèmes de droit public dont la connexion étroite qui les lie à notre question rend la connaissance indispensable. Nous pensons ainsi atteindre à une vue plus complète et plus profonde de notre sujet.

TITRE PREMIER

LE DEVOIR D'OBEISSANCE

CHAPITRE PREMIER

Qu'est-ce que la hiérarchie ? En quoi consiste-t-elle ?

Quelle est son utilité ?

Hiérarchie veut dire superposition par degrés. Dans une administration hiérarchisée, comme l'administration française, les divers services sont répartis en une série d'échelons. Chaque échelon est subordonné à l'échelon supérieur, et ainsi de suite jusqu'au sommet de la hiérarchie, à la tête de laquelle se trouve un chef unique : le ministre.

La compétence dévolue à chacun de ces échelons de la hiérarchie se trouve comprise dans la compétence de l'échelon supérieur dont elle émane.

A quel but, à quelles nécessités sociales devons-nous une organisation aussi vaste et aussi complexe ?

Les sociétés primitives ne connaissent point de fonctionnaires. Il est superflu d'insister sur ce point, tant cela semble évident. La collectivité est si res-

treinte que chacun de ses membres peut concourir à l'accomplissement des tâches utiles à la communauté.

Mais avec le temps, les tribus se groupent, l'Etat embryonnaire naît et s'aggrandit. Les tâches collectives exigent un labeur et des connaissances toujours plus grands. Un moment vient enfin où il faut les confier à des individus spécialisés. Ce sont les premiers fonctionnaires publics. Mais ces premiers fonctionnaires sont peu nombreux. Ils sont déjà spécialisés, mais à un faible degré. Ils remplissent des tâches d'ordre tout à fait général; leur compétence est, sinon universelle, du moins très étendue et très variée.

L'exemple le plus frappant de cette organisation primitive nous est fourni par les magistrats de la Rome antique.

Mais au fur et à mesure que l'Etat s'aggrandit, l'importance et la multiplicité des charges qui lui incombent vont croître. L'étendue même du nouveau territoire national rend insuffisante l'action des fonctionnaires primitifs. D'autre part, le progrès social crée sans cesse des besoins collectifs nouveaux qu'il faudra satisfaire. Les premiers agents, insuffisants par leur nombre et par leurs attributions ne peuvent plus suffire à leur tâche. Ils doivent d'adjoindre des aides, ou bien céder certaines de leurs attributions à de nouveaux fonctionnaires. En même temps, pour porter l'action administrative jusqu'au fond du territoire, il faut placer dans les centres des agents locaux, chargés de représenter la volonté du pouvoir central, et placés sous la dépendance de celui-ci.

Mais plus le nombre des fonctionnaires s'accroît, plus la compétence dévolue à chacun se précise et se restreint. La multiplicité même des tâches et des fonctionnaires chargés de les remplir suppose nécessairement l'existence d'un lien de subordination hiérarchique, dont l'objet essentiel et la raison d'être sont de maintenir l'unité et la cohérence de l'action administrative, dans tous les domaines où elle doit s'exercer, et sur tous les points du territoire.

On arrive ainsi à la physionomie du grand Etat centralisé, physionomie qui nous est reflétée fidèlement par l'organisation de l'Empire Romain.

Au sommet de la hiérarchie, se trouve l'empereur, chef suprême et maître absolu. Il est entouré de ministres. Ceux-ci ont sous leurs ordres une foule d'agents hiérarchisés, qui forment l'équivalent de nos administrations centrales d'aujourd'hui. Les ordres qui partent de la capitale sont transmis et exécutés dans les provinces par des administrations provinciales également hiérarchisées. Nous trouvons ainsi dans l'organisation administrative de l'Empire Romain les traits caractéristiques des grands Etats centralisés modernes. Sans insister plus longuement sur ce point, nous y trouvons cependant une confirmation éclatante de la valeur pratique d'une organisation hiérarchisée des fonctions publiques.

A plusieurs siècles d'intervalle, nous retrouvons une organisation analogue dans la France contemporaine. Il est nécessaire, sur ce point, de retracer brièvement l'évolution historique qui s'est terminée par l'établissement d'un tel régime dans notre pays.

Après la chute de l'Empire Romain, l'insécurité générale amène partout une désagrégation rapide des institutions. Il n'y a plus d'unité, plus d'Etat centralisé et fort. La souveraineté est morcelée. Le souvenir des institutions anciennes et des bienfaits qu'elles apportaient n'est cependant pas perdu. On assiste même, sous le règne de Charlemagne, à une reconstitution éphémère d'un Empire unifié et centralisé. Mais ce n'est là qu'un feu de paille. L'affaiblissement du pouvoir central donne naissance au grand mouvement féodal, le morcellement général de la souveraineté est un fait accompli. L'unité est détruite, et la suprématie royale n'est plus guère que nominale.

Tout l'effort de la dynastie Capétienne en France portera, au cours des siècles qui vont suivre, sur la restauration de la dignité, du prestige et de l'autorité de la Monarchie.

Mais dans ce but, elle cherchera à amoindrir d'abord, à détruire ensuite les souverainetés, les particularismes, dont l'existence pourrait menacer ou compromettre ce dessein.

Il faut que la royauté fasse sentir son action partout, il faut qu'elle substitue peu à peu ses propres agents à ceux des souverains qu'elle veut déposséder.

Lutte contre les souverainetés et les particularismes locaux, donc unification progressive. En même temps, établissement progressif des agents de l'administration royale en tous lieux et en tous domaines : voilà les deux traits caractéristiques de l'œuvre accomplie.

Le point culminant de cette œuvre est atteint sous le règne de Louis XIV. La France est alors un Etat monarchique intégralement centralisé. Le Roi, assisté des Secrétares d'Etat et de son Conseil, est à la tête de l'administration centrale.

Les ordres royaux sont exécutés dans les provinces par les Intendants et leurs subdélégués, fonctionnaires qui sont dans la main du Roi. Jusqu'à la fin de l'Ancien Régime, la France sera donc, sinon un Etat unifié, du moins un Etat fortement centralisé.

Au rang des préoccupations dominantes de la Révolution figurait le désir de lutter contre les abus de cette centralisation excessive et d'aboutir même à la décentralisation.

Un essai de réforme en ce sens avait été déjà tenté par les ministres de Louis XVI : Turgot, Necker et Calonne. Ceux-ci avaient cherché à rétablir les libertés provinciales, au moins partiellement. La Constituante va plus loin, elle tente d'établir une décentralisation presque absolue, même en matière politique. Le système administratif qu'elle crée est fondé sur le principe de l'élection des agents. On sait que les résultats obtenus furent décevants. Il n'y a plus de devoir d'obéissance des fonctionnaires élus. L'action du pouvoir central ne se fait sentir que faiblement; dans les communes, elle est même inexistante. On aboutit en fait au désordre et à l'anarchie.

Déjà la Convention, par la loi du 14 Frimaire An II est obligée de modifier le système, et de rétablir une centralisation de fait par la création des agents nationaux, organes tout-puissants de l'autorité centrale auprès des administrations locales.

Un dernier essai d'organisation basée sur la décentralisation est tenté par la Constitution directoriale de l'An III. Le système élaboré par la Constituante est modifié et amélioré. L'action du pouvoir central s'exerce auprès des administrations locales par l'intermédiaire d'un commissaire du gouvernement, et aussi par un pouvoir de contrôle analogue à celui qui existe actuellement sur les autorités décentralisées.

La Constitution de l'An VIII, au contraire, est une œuvre de réaction, qui rétablit une centralisation rigoureuse, plus absolue que celle de l'Ancien Régime, ainsi qu'une organisation hiérarchique des fonctions publiques.

Certains attribuent cette transformation au seul Bonaparte. Ce n'est pas exact. En réalité, les tentatives d'organisation administrative nouvelle de la Révolution avaient échoué. Le pays avait subi pendant dix ans des troubles graves. Il avait été durement secoué. Il aspirait à la paix, à un retour au calme, et pensait le trouver dans le rétablissement de l'ordre et de l'autorité. Si remarquable qu'ait été Napoléon, la puissance de son génie n'eût pas trouvé d'emploi sans l'existence de ces circonstances favorables. Il fut simplement l'homme qu'il fallait au moment qu'il fallait.

S'il se forgea un admirable instrument de pouvoir personnel, il n'en traduisit pas moins, dans l'organisation d'un pouvoir centralisé et fort, les aspirations profondes de la majorité du peuple français, lassé des luttes révolutionnaires, et désireux au fond d'or-

dre et de stabilité, conjugués avec la consolidation des droits acquis au cours de la Révolution.

Il fut d'ailleurs aidé dans cette tâche par les légistes révolutionnaires, instruits par les expériences malheureuses d'organisation tentées par les Assemblées Révolutionnaires.

La France a donc été dotée par le gouvernement consulaire d'une organisation administrative centralisée et hiérarchisée. Elle sera administrée désormais par un corps de fonctionnaires de carrière caractérisé par des règles d'avancement régulier, comme le « cursus honorum » dans l'antiquité Romaine. Ce corps de fonctionnaires est hiérarchisé, aussi bien dans les administrations centrales que pour l'administration locale.

Ce régime répondait si bien aux aspirations de la France, qu'il a duré jusqu'à nos jours, malgré les mesures de décentralisation, ou même de déconcentration, prises sous la Monarchie de juillet, sous le Second Empire, et depuis la naissance de la Troisième République : mesures qui ne l'ont d'ailleurs que fort peu altéré.

Cependant, le mouvement qui s'est développé au sein même du corps des fonctionnaires, au cours de ces dernières années, semble avoir développé chez ceux-ci le sentiment de leur indépendance, et affaibli du même coup le lien de subordination hiérarchique. Nous retrouverons cette question quand nous aborderons l'étude du mouvement syndical et de ses conséquences.

Nous venons de brosser à grands traits l'évolution

qui conduit un Etat vers l'adoption d'une organisation administrative centralisée et hiérarchisée; nous nous sommes étendus plus particulièrement sur le cas de la France.

Passons maintenant à l'étude objective de cette forme d'organisation administrative.

Nous ne pouvons pas dire a priori que la hiérarchie soit la meilleure forme d'organisation administrative d'un pays, celle qui correspond le mieux aux nécessités, celle qui procure le meilleur rendement ou qui donne les meilleurs résultats.

Tout dépend en réalité des mœurs, des circonstances, des aspirations de la population.

L'Angleterre, qui a connu pendant longtemps une administration décentralisée, où la plus grande autonomie est laissée aux pouvoirs locaux, lesquels ne sont nullement soumis à une hiérarchie ni aux ordres du pouvoir central, n'en est pas moins administrée convenablement, quoique dans un esprit différent de la France, pays centralisé.

Tout ce que nous pouvons dire, c'est que dans un pays unifié et centralisé, la hiérarchie est la forme la plus rationnelle d'organisation des fonctions publiques, celle qui répond le mieux aux nécessités de l'administration du pays.

Dans un Etat centralisé et unitaire, la hiérarchie est non seulement *utile*, mais *nécessaire*. Elle correspond à un double et impérieux besoin :

1°) **un besoin d'unité :**

Les fonctionnaires chargés de satisfaire les différents besoins et de gérer les différents services sont

extrêmement nombreux. Les tâches qu'ils ont à remplir à chaque instant sont elles-mêmes innombrables. La hiérarchie permet seule de concentrer et de coordonner le faisceau de toutes les activités. Elle permet seule de faire sentir à chaque instant, et sur tous les points du territoire, l'existence d'une autorité unique dont les fonctionnaires ne sont que les instruments dociles. En dépit de la multiplicité des tâches accomplies aux divers degrés, le principe d'unité et de continuité nécessaire se trouve ainsi assuré par la hiérarchie.

2^o) **la hiérarchie correspond aussi à un besoin de commodité :**

L'existence même du lien hiérarchique permet la répartition des compétences et des tâches entre un très grand nombre de fonctionnaires. On aboutit ainsi à une grande division du travail, à une spécialisation extrême de chaque fonctionnaire.

On a donc, théoriquement du moins, la certitude d'un meilleur rendement, d'une meilleure organisation. L'unité et la cohésion garanties par l'existence de la hiérarchie permettent seules de procéder à une telle multiplication des tâches.

La hiérarchie se décompose en deux parties distinctes, mais corrélatives :

1^o) **un pouvoir de direction et de réformation :**

L'autorité supérieure a le droit et le devoir d'adresser à ses subordonnés soit des instructions générales, soit des ordres individuels verbaux ou écrits, destinés à assurer et à maintenir l'unité d'action de l'administration.

Pour la même raison, l'autorité supérieure peut annuler ou réformer les actes accomplis par les subordonnés, soit de son propre mouvement, soit sur la demande d'un particulier lésé par l'un de ces actes, et qui s'est adressé à l'autorité supérieure par la voie du recours hiérarchique.

2°) **un lien de subordination, un devoir d'obéissance :**

Ce devoir d'obéissance est la contre-partie nécessaire du pouvoir de direction reconnu aux autorités supérieures. A tous les degrés de la hiérarchie, le fonctionnaire doit obéissance aux ordres de ses supérieurs. Pour que l'unité et la continuité de l'action administrative puissent être pleinement réalisées, il ne faut pas que chaque fonctionnaire soit indépendant, et libre de régler son action à sa guise. Mais il faut au contraire qu'une volonté présumée supérieure et dont il n'est que l'instrument vienne se substituer à la sienne propre et fixe, chaque fois que cela sera nécessaire, le champ d'action qui lui est imparti.

Mais pour que cette volonté puisse valablement prétendre se substituer à la sienne, il faut qu'elle soit douée en fait d'une compétence supérieure, qui justifie la prépondérance qu'elle prétend assumer.

Ce devoir d'obéissance est dû à tous les degrés de la hiérarchie. Pourtant, si l'on remonte tous les échelons, on aboutit à un chef suprême. Celui-ci n'a plus personne au-dessus de lui. Il ne peut pas être soumis à un devoir d'obéissance. Va-t-il jouir d'un pouvoir de direction illimité ? Non, il n'y a jamais en fait d'autorité sans limite. Il n'y a pas d'autorité sans responsabilité.

Les chefs suprêmes des services hiérarchisés sont les ministres. Le pouvoir des ministres a pour contrepartie la responsabilité ministérielle.

Celle-ci revêt une triple forme : responsabilité parlementaire — responsabilité pénale — responsabilité civile.

Responsabilité devant le Parlement : c'est en fait la plus employée.

En vertu de l'article 6, alinéa 1, de la loi Constitutionnelle du 25 février 1875 : « Les ministres sont solidairement responsables devant les Chambres de la politique générale du gouvernement, et individuellement de leurs actes personnels ».

Cette responsabilité consiste en fait dans l'obligation de démissionner qui s'impose au ministre, comme suite à l'opinion défavorable exprimée par l'une ou l'autre Chambre, sur ses actes.

En effet, le ministre, placé au sommet de la hiérarchie administrative, n'est soumis à aucun devoir d'obéissance; il n'est passible d'aucune des peines disciplinaires auxquelles sont exposés les fonctionnaires hiérarchisés. Son activité est donc libre, son initiative est donc très grande. Mais l'exercice de son autorité est soumis au contrôle du Parlement; et la sanction de ce contrôle, c'est la perte du pouvoir pour le ministre, chaque fois que ses actes n'auront pas reçu l'approbation du Parlement.

Les deux autres formes de responsabilité ministérielle : responsabilité pénale, et responsabilité civile, sont en fait très rarement mises en jeu.

Une première raison de cette désuétude tient à

l'existence de la responsabilité politique. Celle-ci est considérée, dans la plupart des cas, comme une sanction suffisante de l'activité ministérielle.

Une deuxième raison, de pur fait, empêche la mise en jeu de ces deux formes de responsabilité :

les ministres, chefs de l'administration, sont appelés à chaque instant à prendre des décisions très importantes; leur initiative peut être plus ou moins heureuse. La menace d'une responsabilité pénale redoutable, d'une responsabilité civile qui peut entraîner des réparations pécuniaires considérables, disproportionnées avec les ressources personnelles des ministres, aurait sur ceux-ci une influence désastreuse. Elle paralyserait chez eux toute initiative, pour le plus grand dommage de l'action administrative et des intérêts de la collectivité. C'est pourquoi la responsabilité pénale, et la responsabilité civile des ministres, quoique possibles, sont généralement restées lettre morte.

Elles ont toujours cédé le pas à la responsabilité politique, beaucoup plus souple et beaucoup plus pratique.

Ainsi, sauf les ministres, tous les fonctionnaires hiérarchisés, à quelque degré qu'ils appartiennent, sont soumis au devoir d'obéissance.

Mais ce devoir d'obéissance n'existe qu'à l'intérieur d'une même hiérarchie.

Les tâches, si nombreuses dans un Etat centralisé, ont été réparties entre un certain nombre de services hiérarchisés. Chacun de ces services est dans une certaine mesure autonome : autrement dit, un

fonctionnaire occupant un rang supérieur dans l'une de ces hiérarchies n'a pas qualité pour commander à un fonctionnaire subalterne d'une autre hiérarchie.

« Pour qu'il y ait lieu à obéissance, il faut une compétence réciproque, autrement dit, il faut que le supérieur et le subordonné fassent partie du même ordre administratif » ¹.

Dans un pareil cas, pour que le devoir d'obéissance puisse fonctionner, il faut remonter jusqu'au sommet de la hiérarchie. Les ministres, chefs suprêmes des services hiérarchisés, ont seuls qualité pour donner des instructions valables pour plusieurs administrations.

Ce système de cloisons étanches séparant les diverses hiérarchies n'est que l'application du principe d'unité et de commodité, que nous avons déjà formulé.

Dans l'intérêt d'une bonne spécialisation, pour assurer une bonne division du travail, il ne faut pas que les chefs d'une hiérarchie puissent empiéter sur les attributions des chefs d'une autre hiérarchie, exiger l'obéissance de fonctionnaires qui ne leurs sont pas subordonnés. Sinon, ce serait détruire la hiérarchie elle-même. L'interpénétration des hiérarchies ne doit pas se faire à chaque degré; elle ne doit être réalisée que par le sommet.

Certes, ce procédé paraît compliqué, mais il est imposé par la forme de l'Etat centralisé.

(1) MOLLIET : Le pouvoir hiérarchique, thèse, Paris, 1909.

CHAPITRE DEUXIÈME.

Nature juridique du devoir d'obéissance.

Dans un Etat centralisé, l'administration prend donc la forme d'une hiérarchie, et celle-ci a pour conséquence capitale de soumettre les fonctionnaires qui en font partie à un devoir d'obéissance envers les autorités supérieures.

De cette façon, l'unité et la cohésion de l'action administrative se trouvent assurées, par la primauté donnée aux décisions des chefs.

La réalité et l'utilité de ce devoir d'obéissance hiérarchique sont donc reconnues.

Mais une question importante reste à élucider : comment peut-on justifier en droit l'existence de ce devoir d'obéissance ? Quelle est sa nature juridique véritable ?

Par le seul fait que les fonctions publiques sont hiérarchisées, ceux qui les exercent n'ont pas d'activité libre. Leur volonté doit se conformer aux décisions d'une volonté présumée supérieure : celle du chef hiérarchique. Ainsi, la qualité de fonctionnaire entraîne, pour ceux qui en sont revêtus, un lien spécial de subordination. Mais ce lien existe-t-il réellement ? N'est-il pas une simple apparence ?

Dans une première opinion, soutenue surtout par les juristes allemands, au premier rang desquels il faut placer Paul Laband, la fonction publique crée au profit de l'Etat un devoir spécial d'obéissance du fonctionnaire.

Ce devoir d'obéissance est conditionné par le caractère même de la fonction publique.

En effet, nous dit Laband, si une personne est liée à l'Etat par un simple contrat, analogue au contrat de louage de services, il ne peut pas y avoir de lien de subordination de l'un des contractants au profit de l'autre.

Les deux parties ont des droits strictement égaux; les obligations de l'une ne sont que la contre-partie des obligations de l'autre. Celui qui a loué ses services à l'Etat est tenu simplement de fournir soit un travail déterminé, soit une certaine somme de travail dans un temps donné, mais il n'est pas tenu, en dehors de cette obligation précise, à un devoir spécial d'obéissance envers les chefs du service. Celui qui se trouve, vis-à-vis de l'Etat, dans la situation d'un contractant à droits égaux, ne devient pas pour cela un fonctionnaire. Et ceux qui ne voient dans la fonction publique qu'un simple contrat ont tort, car ils ne peuvent pas baser sur ce simple engagement contractuel un devoir particulier d'obéissance du fonctionnaire.

D'autres théoriciens, poursuit Laband, ont aperçu les inconvénients de cette thèse, qui fait de la fonction publique un contrat pur et simple. Aussi ont-ils cherché une explication plus satisfaisante. Ils ont

cru la trouver en prenant le contre-pied de la théorie précédente.

« La souveraineté de l'Etat sur ses nationaux fonde, pour l'Etat, le droit de demander des services et, pour les nationaux, le devoir de les exécuter » ¹.

Le lien qui unit le fonctionnaire à l'Etat n'est plus en ce cas un lien contractuel : c'est un acte unilatéral de puissance publique. L'Etat a besoin de fonctionnaires pour accomplir les services dont il est chargé, et il les recrute par voie d'autorité, en vertu de son pouvoir de souveraineté. Ainsi, il y a bien dans ce cas un lien de subordination entre le fonctionnaire et l'Etat. Mais ce devoir d'obéissance n'est pas spécial à la fonction publique; il n'est qu'une variété du devoir général d'obéissance de tous les citoyens envers l'Etat, détenteur de la souveraineté. Dans une telle opinion, il n'y a pas de différence spécifique entre le devoir d'obéissance de l'individu choisi par l'Etat souverain comme fonctionnaire, et le devoir du simple citoyen d'obéir aux lois, de payer ses impôts, d'accomplir le service militaire. D'ailleurs, rien ne prouve que ce soit là un critérium certain de la fonction publique. Au contraire, l'expérience prouve le plus souvent, que loin d'imposer le service forcé à certains citoyens en vertu de son imperium, l'Etat est obligé de recruter ses fonctionnaires par d'autres moyens, parfois même assez difficilement.

Là encore, le critérium proposé se révèle insuffi-

(1) LABAND : le droit public de l'Empire Allemand, tome II, p. 104.

sant. Le caractère essentiel de la fonction publique n'est pas fondé sur un prétendu droit de réquisition de l'Etat; et même s'il en était ainsi, cela ne créerait pas un devoir d'obéissance spécial aux seuls fonctionnaires.

Après avoir réfuté les deux théories précédentes, Laband présente alors sa thèse personnelle.

La fonction publique n'est pas un contrat pur et simple. Elle n'est pas non plus un acte unilatéral de puissance publique. C'est un lien complexe, qui présente à la fois les traits caractéristiques de l'une et de l'autre de ces deux conceptions opposées.

D'une part, elle a pour base une convention libre et volontaire, donc c'est un contrat. Mais elle est, dans son contenu, un rapport de puissance. Ce contrat est donc de nature spéciale.

De tels contrats peuvent-ils exister ? Ont-ils déjà existé ? Certainement : le droit féodal a connu la « commendatio ».

« Le rapport de service qui unit le fonctionnaire à l'Etat est du même genre. Ce rapport suppose un contrat qui l'établit, c'est-à-dire un consentement spécial pour chaque cas. Il faut que l'Etat déclare sa volonté de prendre la personne, individuellement déterminée, à son service, et que le fonctionnaire consente à entrer à son service. Mais ce contrat n'est pas un contrat de droit obligatoire, il fonde un rapport de puissance de l'Etat, un devoir particulier de service, d'*obéissance*, de fidélité du fonctionnaire, et d'autre part, le devoir pour l'Etat de le protéger, et

de lui accorder la rémunération fixée pour ses services »

« Remplir ses devoirs de fonctionnaire n'est pas se conformer aux termes d'un contrat, c'est remplir le devoir de fidélité et d'*obéissance* que l'on a accepté. »

« Le rapport de service du fonctionnaire de l'Etat repose sur un contrat par lequel, tout à fait comme dans l'ancienne « commendatio », le fonctionnaire se « voue » à l'Etat, contracte un devoir particulier de service et de fidélité, s'engage à un dévouement particulier, à une *obéissance particulière*, et par lequel l'Etat accepte cette promesse, ainsi que le rapport de puissance particulier qui lui est offert, et assure en retour au fonctionnaire protection, et d'ordinaire aussi, entretien » ¹.

Ainsi, pour Laband, la fonction publique a pour base un contrat d'un genre spécial, contrat qui engendre au profit de l'Etat un devoir d'obéissance particulier, distinct du devoir général d'obéissance auquel sont soumis les simples citoyens.

Par le fait même qu'un individu a accepté d'entrer au service de l'Etat, il doit obéissance. Dans cette doctrine, le devoir d'obéissance est une conséquence essentielle du contrat de fonction publique, il est donc très strict. Nous verrons plus tard, en étudiant la limite de l'obéissance hiérarchique, à quelles conséquences importantes il nous conduit.

La doctrine de Laband tend donc, en présentant la nature des fonctions publiques sous un jour parti-

(1) LABAND : le droit public de l'Empire Allemand, tome II.

culier, à reconnaître et à justifier l'existence d'un devoir spécial d'obéissance incombant aux fonctionnaires. Pour M. Duguit, au contraire, il n'y a pas de devoir d'obéissance véritable.

« Il n'est pas vrai que le fonctionnaire inférieur soit juridiquement obligé d'obéir aux ordres du fonctionnaire supérieur. Ce que Laband regarde comme l'obligation du fonctionnaire d'obéir aux ordres du supérieur hiérarchique n'est au fond que l'obligation générale d'agir conformément à la loi de la fonction ».....¹.

Cela est bien net. Il n'y a pas de devoir juridique d'obéissance du fonctionnaire subordonné envers son supérieur. Le fonctionnaire obéit à la loi de sa fonction. Il n'obéit pas à son supérieur.

Certes, la loi de sa fonction lui impose souvent le devoir de suivre la direction tracée par un supérieur, mais tout se borne là. En donnant ses instructions, le supérieur ne fait aussi que se conformer à la loi de sa fonction. Mais : « On ne saurait voir là l'obligation juridique pour une volonté individuelle d'obéir aux ordres d'une autre volonté individuelle »².

Et cela aussi bien pour les fonctionnaires civils que pour les militaires.

En somme, la thèse de M. Duguit n'est que le reflet du grand principe constitutionnel de la suprématie de la loi.

La loi, expression de la volonté générale, est sou-

(1) et (2) DUGUIT : Etudes de droit public : L'Etat; tome II : les gouvernants et les agents.

veraine. Ses commandements se transmettent à l'intérieur de la hiérarchie administrative, et tout fonctionnaire doit s'y conformer et l'appliquer.

Le rôle du supérieur doit donc se borner à donner des directives conformes à la loi, à maintenir l'activité de ses subordonnés dans le cadre de la loi. Mais c'est à cela seulement que se borne sa primauté, et les subordonnés ne lui doivent point une obéissance spéciale. Nous arrivons ainsi à restreindre considérablement la portée du lien de subordination qui unit un fonctionnaire subalterne à son supérieur. Le fonctionnaire n'étant tenu d'obéir qu'à la loi, n'obéit aux ordres de son supérieur que si ces ordres sont conformes à la loi; il devra donc discuter les ordres reçus, et refuser d'obéir aux ordres illégaux. Nous retrouverons cette dernière question en étudiant les limites du devoir d'obéissance.

La même idée a été reprise sous une forme un peu différente par un autre auteur, M. Georgin :

« Tant que la loi française était peu développée, et que l'administration possédait de larges pouvoirs de décision, quelques agents supérieurs étaient seuls des cerveaux administratifs, et commandaient; les autres n'étaient que des bras qui obéissaient. Commander, obéir, tels étaient les deux modes d'activité des fonctionnaires.

.....« A l'heure actuelle, où c'est la loi écrite qui dicte la plupart des décisions, l'agent le plus modeste peut fonctionner toute sa vie sans que ses supérieurs aient à lui commander quoi que ce soit, s'il connaît son métier; la part qui revient au comman-

dement, dans l'exercice de la fonction publique, se borne le plus souvent à des questions accessoires ou à des cas exceptionnels ».....¹.

Pour M. Georgin donc, le développement du système législatif a entraîné une transformation correspondante de la hiérarchie administrative, qui fait passer de plus en plus les fonctionnaires de l'autorité des supérieurs sous celle de la loi.

Il voit aussi une autre raison de fait de cette transformation dans le développement général de l'instruction qui a pour effet d'accroître la compétence professionnelle des fonctionnaires petits et moyens.

La subordination à l'intérieur de la hiérarchie fera donc place de plus en plus à un mécanisme de collaboration.

« Le devoir d'obéissance du fonctionnaire moderne se ramène surtout à l'obligation de remplir sa fonction conformément à la loi et aux règlements, et le droit de commandement du supérieur ne trouve plus guère à s'exercer que pour veiller à ce que l'inférieur remplisse bien sa fonction conformément à la loi »².

M. Duguit et M. Georgin voient donc tous deux dans le pouvoir législatif un organe prépondérant, dont les ordres généraux doivent l'emporter partout, même au sein de la hiérarchie administrative. Dans une pareille conception, le pouvoir administratif n'est que l'exécuteur des lois, et il ne peut fonctionner que conformément à la loi. Puisque la loi est

(1) et (2) GEORGIN : Le Statut des fonctionnaires. Thèse, Paris 1911, pages 299 et suivantes.

toute puissante, elle seule doit régler l'activité des fonctionnaires et aucun pouvoir intermédiaire ne peut s'interposer entre le fonctionnaire et la loi, si ce n'est pour assurer cette conformité à la loi de l'activité du fonctionnaire. Le rôle du supérieur consisterait simplement en une sorte de contrôle.

N'y a-t-il pas dans cette doctrine une exagération certaine de la toute-puissance attribuée à la loi ? Si, assurément. M. Duguit nie l'existence d'un devoir particulier d'obéissance. Il reconnaît cependant :« que les choses en apparence se passent un peu comme s'il y avait pour le fonctionnaire inférieur obligation directe d'obéir aux ordres du supérieur ».....¹.

Autrement dit, bien que M. Duguit nie en droit l'existence d'un devoir d'obéissance, il la reconnaît en fait. M. Duguit va d'ailleurs plus loin : il affirme la nécessité de l'obéissance passive en matière militaire. Mais pour rester fidèle à son principe, il la justifie de façon assez curieuse :

.....« La hiérarchie militaire a cela de particulier que, pour tout agent, la direction qu'il doit imprimer à la gestion de sa fonction est déterminée par l'agent supérieur. Par conséquent, l'agent inférieur ne viole jamais la loi en se conformant aux ordres de son supérieur ».....².

Pourquoi cette différence ? Si vraiment la loi est toute-puissante, il ne faut pas hésiter à l'affirmer dans tous les domaines, et aussi bien pour les militaires que pour les civils. Mais justement, la néces-

(1) et (2) DUGUIT : Ouvrage cité : L'Etat, tome II.

sité de l'obéissance en matière militaire a toujours été reconnue, et c'est là une première et très sérieuse entorse au principe de la suprématie de la loi. Les raisons invoquées par M. Duguit pour rattacher quand même le devoir d'obéissance des militaires à l'observation de la loi nous semblent assez spécieuses.

Enfin, pour les fonctionnaires administratifs, si vraiment ils ne doivent obéissance qu'à la loi, à quoi servent leurs supérieurs ? Le rôle de ceux-ci apparaît bien faible, bien effacé. La conséquence logique de cet affaiblissement de leur pouvoir devrait être leur disparition. C'est à quoi tendent, nous le verrons, les revendications syndicalistes d'aujourd'hui.

L'argumentation de M. Georgin prête aussi à une critique encore plus sérieuse. Pour lui, la disparition du devoir d'obéissance est basée non pas tant sur une affirmation de principe de la suprématie de la loi, que sur une croyance en la vertu du travail législatif, en l'augmentation progressive de la valeur de ce travail. Le devoir d'obéissance doit disparaître, parce que l'amélioration constante de la législation, jointe au progrès de l'instruction et de la compétence professionnelle des fonctionnaires, doit le rendre sans objet. Or cela est loin d'être démontré.

Le dogme de la toute-puissance de la loi date de la Révolution française. Il est un reflet des idées de Rousseau. Sous l'influence de ce principe, nous avons assisté, depuis la Révolution, à une véritable prolifération législative, amenant souvent dans les textes obscurité, confusion ou même double emploi. Or, c'est une vérité d'évidence que la valeur et la puis-

sance de la loi dépendent étroitement de sa clarté, de sa précision et de l'usage modéré qu'on en fait.

La multiplication inconsidérée des lois n'a pu qu'en affaiblir la portée, et faire renaître, à côté d'une législation trop touffue, le travail doctrinal et jurisprudentiel : donc la coutume.

Il n'est pas certain du tout que le fonctionnaire puisse agir toute sa vie sous l'impulsion unique de lois innombrables. Et le rôle du chef, loin d'être diminué, va se trouver singulièrement accru par cet état de choses. Il faut, au milieu de toutes ces lois, dont certaines se contredisent, maintenir l'unité et la cohésion de l'action administrative. Il y a donc bien place encore pour un organe administratif distinct et indépendant du pouvoir législatif, et dans lequel l'unité ne sera obtenue que par la subordination des fonctionnaires à leur chef.

Le principe de la suprématie de la loi, excellent peut-être, en théorie, ne doit pas conduire à des solutions exagérées dans la pratique. La loi ne peut pas et ne doit pas tout prévoir, tout réglementer d'avance et de façon immuable.

Elle ne doit être considérée que comme ce qu'elle est réellement. C'est-à-dire un cadre : le cadre de la vie juridique dans un pays.

Mais en dehors et à côté de ce cadre, il y a place pour une activité administrative distincte, ayant ses règles propres, son organisation fonctionnelle particulière. Le pouvoir administratif est là pour exécuter les commandements de la loi, mais aussi pour les

compléter et les adapter, et pour faire régner l'ordre.

La loi est l'expression de l'équilibre du milieu social. Elle en sanctionne les évolutions, bien plus qu'elle ne les provoque. L'action administrative, elle, est beaucoup plus souple. Elle suit les faits de beaucoup plus près. Elle doit nécessairement s'adapter aussi vite que possible aux besoins qui naissent, aux transformations qui s'accomplissent. Il y a toujours en fait un décalage continu et insensible entre la législation : cadre de la vie juridique d'un pays, et cette vie même, qui se transforme à tout instant.

La législation suit de loin ces transformations; elle ne s'y adapte que peu à peu. L'action administrative, dont l'objet essentiel est de garantir au jour le jour le libre épanouissement de cette vie sociale, ne peut pas s'accommoder d'un progrès aussi lent. Son action est donc distincte de celle de la législation; et elle évolue beaucoup plus vite. Certes, cette action doit se dérouler dans le cadre législatif, mais elle n'y est pas subordonnée. Elle constitue le trait d'union nécessaire entre la vie du pays et le cadre législatif.

La centralisation et la hiérarchie répondent à la nécessité d'une action administrative rapide et uniforme. Mais pour que cette action soit efficace, il faut que le devoir d'obéissance, corollaire indispensable de la hiérarchie, ne soit pas un vain mot.

Il ne suffit pas que chaque fonctionnaire se conforme à la loi dans l'exercice de sa fonction : il faut

aussi que l'impulsion venant des chefs soit transmise, et qu'elle soit respectée.

Certes, respect est dû à la loi, mais ce respect doit rester dans des limites raisonnables. C'est ce que nous verrons en étudiant les limites du devoir d'obéissance.

Il y a donc, par la force même des choses, un devoir d'obéissance du fonctionnaire, distinct du simple devoir de se conformer à la loi de la fonction. Cette opinion est également celle de M. Hauriou, qui répudie nettement la suprématie de la loi dans ce domaine :

« Hiérarchie signifie, en soi, superposition de degrés dans une organisation *autoritaire* des agents, de telle sorte que les agents inférieurs accomplissent leurs fonctions, non pas sous l'obligation directe et unique d'observer la loi, mais sous l'obligation d'obéir au chef qui s'interpose entre eux et la loi »... ¹.

Nous pensons que cette dernière opinion correspond à la réalité des faits. Elle est aussi celle de la jurisprudence française qui a toujours affirmé, soit explicitement, soit implicitement, l'existence d'un devoir spécial d'obéissance, et cela dans de nombreux arrêts ².

L'Etat français est centralisé. A la centralisation correspond la hiérarchie des fonctions publiques, et la hiérarchie a toujours pour corollaire indispensa-

(1) HAURIOU : Droit administratif, édition 1927, page 50.

(2) Voir notamment : Conseil d'Etat : 13 mars 1908, Commune de Boutevilliers. — Conseil d'Etat : 26 nov. 1875, Affaire Laumonnier-Carriol et de nombreux arrêts des tribunaux judiciaires.

ble un devoir d'obéissance des fonctionnaires qui en font partie envers leurs supérieurs.

La suprématie de la loi ne pourrait avoir son plein effet que dans un régime de décentralisation, où le pouvoir administratif serait exercé par des fonctionnaires autonomes. La Révolution l'avait bien compris, puisque, après avoir proclamé la toute-puissance de la loi, elle tentait aussitôt d'établir un régime de décentralisation absolue. Mais tel n'est pas le cas; nous sommes en présence d'un pays centralisé. Il faut donc à ce pays une administration hiérarchisée, et celle-ci ne se conçoit pas sans un devoir d'obéissance des agents qui en font partie. Nous pensons que cette nécessité même constitue la meilleure justification de l'existence de la subordination dans la hiérarchie administrative.

CHAPITRE TROISIÈME.

A quels agents ce devoir d'obéissance s'applique-t-il ?

Nous admettons donc, outre l'obligation générale d'observer la loi, l'existence d'un devoir distinct d'obéissance qui s'impose aux fonctionnaires.

Mais quelles seront les personnes auxquelles va s'imposer ce devoir ? Tous les agents de l'Etat y seront-ils soumis, ou bien y aura-t-il des exceptions ? Tel est le problème qu'il nous faut résoudre maintenant.

Nous avons montré que le devoir d'obéissance est inséparable de la hiérarchie. Tous les fonctionnaires qui font partie d'une administration hiérarchisée y seront soumis, à l'exception bien entendu des ministres, chefs suprêmes de la hiérarchie, dont l'autorité est compensée par une triple responsabilité, ainsi que nous l'avons déjà exposé plus haut.

Seront donc soumis au devoir d'obéissance non seulement les fonctionnaires des administrations centrales hiérarchisées, mais aussi les représentants locaux de l'administration centrale, et notamment le préfet et le maire. Le devoir d'obéissance suit les fonctions centralisées.

Mais il est une catégorie de fonctionnaires qui ne

font pas partie de la hiérarchie administrative : ce sont les magistrats de l'ordre judiciaire. Dans l'intérêt d'une bonne justice, il importe que les juges soient indépendants à un double point de vue :

Il faut d'abord qu'ils soient indépendants vis-à-vis des justiciables; il faut aussi qu'ils soient indépendants vis-à-vis du pouvoir exécutif.

Cette indépendance, assurée autrefois par le système de la vénalité des offices; puis pendant la Révolution par le système de l'élection des juges, est assurée aujourd'hui par le système de l'inamovibilité des juges. Ceux-ci sont nommés par le pouvoir exécutif, qui ne peut pas ensuite les révoquer (article 41 de la Constitution de l'An VIII).

Cette règle de l'inamovibilité ne suffit pas cependant à assurer l'indépendance absolue des magistrats de l'ordre judiciaire. En effet, par la nomination, l'avancement, le pouvoir d'accorder des distinctions honorifiques, le gouvernement conserve certainement une influence importante sur le corps judiciaire.

Mais les juges ne sont pas seulement indépendants en principe des justiciables et du pouvoir exécutif. Ils sont aussi indépendants entre eux.

Certes, le système admis en France est celui de la pluralité des juges. Mais chaque tribunal, composé de plusieurs juges, constitue une entité judiciaire, et cette entité judiciaire est entièrement indépendante vis-à-vis des autres. Autrement dit les juges en France « ne sont pas hiérarchisés par rapport à leurs devoirs ». Le juge ne dépend que de la loi et de sa

conscience, mais il n'a pas à répondre des décisions qu'il rend devant un supérieur hiérarchique quelconque. Il n'est pas tenu, dans sa façon de juger, d'obéir aux ordres d'une autorité supérieure.

Certains ont prétendu que l'existence du droit d'appel, du double degré de juridiction, et aussi le rôle dévolu à la Cour de Cassation impliquaient l'existence d'une hiérarchie judiciaire véritable.

Mais il n'en est pas ainsi; le principe du double degré de juridiction n'est pas fondé sur la subordination du juge de paix au tribunal civil, pas plus que sur la subordination du tribunal civil ou du tribunal de commerce à la Cour d'Appel. Il est basé uniquement sur le désir d'assurer une meilleure administration de la justice.

La preuve en est dans la limitation à deux des degrés de juridiction. Le propre du lien de subordination hiérarchique, c'est de remonter jusqu'au sommet de la hiérarchie. Or, nous ne trouvons rien de semblable dans l'organisation judiciaire actuelle. Sous l'Ancien Régime au contraire, le régime de la justice retenue avait pour conséquence le droit d'appel indéfini, jusqu'au Roi, de sorte qu'il existait un véritable lien de subordination hiérarchique entre les diverses juridictions.

La Cour de Cassation a pour rôle essentiel le maintien de l'unité de jurisprudence. Mais elle n'a aucun pouvoir hiérarchique sur les tribunaux. En effet, si les tribunaux devaient obéissance à la Cour de Cassation, il faudrait admettre que la première juridic-

tion de renvoi devrait s'incliner devant l'arrêt de la Cour de Cassation. Or il n'en est rien.

Dans l'exercice de leur magistrature, les juges sont donc indépendants, et ne doivent obéissance à personne.

Pourquoi a-t-on donné au juge une telle indépendance pour l'accomplissement de sa tâche ?

Pourquoi n'a-t-on pas organisé les fonctions judiciaires sur le même modèle que les fonctions administratives ?

Le rôle du juge, comme celui de l'administrateur, consiste à appliquer la loi et à faire régner la paix sociale, mais il y a entre ces deux fonctions des différences profondes.

Le rôle de l'administration est un rôle actif. Comme nous le disions plus haut, elle suit pas à pas les évolutions du milieu social, elle s'efforce à chaque instant d'y faire régner l'ordre et la paix, elle recherche les meilleurs moyens d'appliquer la loi; elle est maîtresse aussi de choisir le moment le plus favorable à cette application. Dans un pays centralisé, où l'Etat assume presque toutes les tâches, il est donc naturel que l'administration ait dans la main tous ses agents, qu'elle puisse exiger d'eux une obéissance telle qu'elle puisse à tout moment réaliser ses desseins avec le maximum de rapidité et d'uniformité.

Le pouvoir judiciaire au contraire, a un rôle tout à fait différent. Il se contente de régler les litiges qu'on lui apporte, il n'applique la loi que passivement sur la demande d'une personne privée, ou sur

la requête du ministère public. Les raisons qui militent en faveur de l'obéissance hiérarchique dans l'administration n'ont point de valeur pour l'organisation judiciaire.

L'essence du rôle du juge, c'est l'application de la loi. L'administrateur doit lui aussi appliquer la loi, et se conformer au Droit, mais non pas comme une fin. Il n'applique la loi et ne se conforme au droit que dans le but d'assurer l'organisation et le fonctionnement des services publics.

Le juge lui, est chargé d'assurer l'application et le respect de la loi en elle-même. Il faut donc, pour que sa sentence ait toute l'autorité et toute la portée désirable, qu'elle soit rendue en pleine indépendance.

Est-ce à dire cependant que les juges ne sont soumis à aucune subordination hiérarchique ?

Non pas, en dehors de leurs attributions professionnelles proprement dites, les juges sont soumis à la hiérarchie pour tout ce qui concerne le côté purement administratif de leurs fonctions. Car sur ce point, les raisons qui militent en faveur de l'unité et de la discipline hiérarchiques reprennent toute leur importance.

1°) Les Cours d'Appel ont un droit de surveillance sur les juridictions inférieures de leur ressort (Loi du 20 avril 1810).

2°) La Cour de Cassation exerce, depuis la loi du 30 août 1883, un pouvoir disciplinaire général sur tous les magistrats de l'ordre judiciaire.

3°) Enfin la hiérarchie se manifeste aussi par les

différences de traitement, de costume, de distinctions honorifiques entre les divers magistrats.

C'est à ce point de vue purement administratif seulement que l'on peut dire qu'il existe une subordination hiérarchique à l'intérieur de l'ordre judiciaire. Mais elle est certainement beaucoup plus restreinte que la subordination hiérarchique, telle que nous l'avons définie dans l'ordre administratif.

Mais à côté des juges proprement dits, nous trouvons une autre catégorie de magistrats : le ministère public.

Les membres du ministère public sont les agents du gouvernement auprès des tribunaux. Ils ne sont donc pas inamovibles comme les juges, mais d'autre part, ils sont censés assurer la défense de l'intérêt général, et comme tels, ils sont des magistrats. Leurs conditions de recrutement sont les mêmes que celles des juges. Ils ne sont pas de simples fonctionnaires, chargés de représenter l'administration.

En tant qu'agents du gouvernement, les membres du ministère public sont organisés sous la forme d'un corps hiérarchisé, et le chef suprême de cette hiérarchie est le Garde des Sceaux, ministre de la Justice.

En outre, dans le ressort de chaque Cour d'Appel, le chef du ministère public est le Procureur Général. Tous les autres membres du ministère public sont ses subordonnés, et il peut leur donner des ordres.

Mais du fait même qu'ils sont dans une certaine mesure des magistrats, le devoir d'obéissance des membres du ministère public est tempéré de plusieurs façons :

1^o) si un membre du Ministère public refuse d'obéir, le Garde des Sceaux ne peut pas agir à sa place, il ne peut que le remplacer par un autre;

2^o) si un membre du ministère public intente une action, contrairement aux ordres reçus, la juridiction saisie le reste et doit rendre sa décision.

3^o) Enfin, dernière dérogation au devoir d'obéissance, mais la plus importante : elle s'exprime par l'adage : « la plume est servie, mais la parole est libre ». Ce qui veut dire que si un membre du ministère public a reçu l'ordre d'ordonner des poursuites, il est tenu d'obéir et de délivrer l'ordre. Mais à l'audience, le caractère de magistrat qui est en sa fonction reprend le dessus, et il est libre d'agir à son gré, il peut donc abandonner les poursuites qu'il avait ordonnées par obéissance.

Ainsi, en dehors du ministère public, dont le devoir d'obéissance comporte d'ailleurs des atténuations, les magistrats de l'ordre judiciaire ne sont pas hiérarchisés pour rendre la justice.

Parmi les fonctionnaires qui appartiennent à la hiérarchie administrative proprement dite, les fonctionnaires du service de l'enseignement se trouvent, au point de vue de l'obéissance hiérarchique, dans une situation qui présente de grandes analogies avec celle des juges.

Si, en ce qui concerne le côté purement administratif de leurs fonctions, il est facile de soumettre les professeurs et les instituteurs à une subordination hiérarchique tout à fait justifiée, le devoir

d'obéissance ne semble pas avoir la même valeur en ce qui touche à l'enseignement lui-même.

Certes, les supérieurs peuvent envoyer des instructions obligatoires et assurer le respect des programmes d'enseignement élaborés. Mais la valeur de l'enseignement individuel de chacun dépendra toujours beaucoup plus de la conscience du maître, de son intelligence et de ses aptitudes, que de son obéissance aux ordres d'un supérieur.

En un mot, et abstraction faite de toute question de tendance, la matière de l'enseignement est trop subjective, trop personnelle, pour se plier aux exigences du système de l'obéissance hiérarchique. Il nous semble donc, que sur ce point, le devoir d'obéissance ne présente plus le même intérêt, ne s'impose plus avec la même force que pour les autres fonctionnaires. Un système de surveillance, de contrôle nous paraît préférable.

Nous avons montré quel lien étroit existait entre la centralisation et la hiérarchie. On conçoit donc que les autorités décentralisées, qui ne font pas partie de la hiérarchie, ne soient pas soumises au devoir d'obéissance hiérarchique.

Mais va-t-on laisser aux autorités décentralisées une autonomie complète ?

Non, cela n'est pas possible, il y aurait antinomie et peut-être conflit entre une administration centrale hiérarchisée et des administrations locales autonomes.

Il faut donc maintenir les administrations locales dans une certaine dépendance, et ceci afin de les

empêcher d'excéder leurs pouvoirs, d'en abuser, ou de les détourner de leur but légal, ou enfin de réprimer les atteintes par elles portées aux droits des particuliers.

Mais cette dépendance n'implique pas une subordination aussi étroite que celle que nous avons rencontrée à l'intérieur de la hiérarchie. Elle consiste surtout dans une surveillance des autorités décentralisées, elle consiste aussi, le cas échéant, à arrêter, à paralyser leurs décisions.

Cette question est extrêmement importante, car elle pose un problème essentiel d'organisation administrative. Nous ne pouvons pas étudier la différence qui sépare la hiérarchie du contrôle, sans être ~~amenés~~ à faire un parallèle entre ces deux formes extrêmes d'organisation : la centralisation et la décentralisation, sans montrer leurs avantages et leurs inconvénients respectifs. C'est pourquoi nous avons jugé utile de faire un chapitre spécial de cette dernière atteinte au devoir d'obéissance.

CHAPITRE QUATRIÈME.

Distinction de la hiérarchie et du contrôle.

La France est un pays fortement centralisé, où l'administration centrale est organisée sous la forme hiérarchique. Mais, à côté de cette administration centrale, y a-t-il place pour des administrations locales, et, dans l'affirmative, jusqu'à quel point leur a-t-on laissé une autonomie ?

L'histoire nous a montré que la royauté française, installée à ses débuts dans un pays où régnait, peut-on dire, une décentralisation absolue, a réussi, patiemment, à détruire les pouvoirs locaux, afin d'affermir son pouvoir par la réalisation progressive de l'unité nationale.

Avec la Révolution, nous avons assisté à une tentative éphémère de décentralisation, bientôt suivie, avec le Consulat et l'Empire, par un régime de centralisation totale, absolue, supérieure à celle de l'Ancien Régime, et dont l'effet certain a été la destruction définitive de tout particularisme local.

Cependant, un tel régime ne pouvait pas durer indéfiniment; il était trop dur, et comportait tous les inconvénients inhérents à une centralisation excessive. Certes, la centralisation c'est l'ordre et l'unité. Mais ce peut-être aussi l'encombrement : « l'apo-

plexie au centre, la paralysie aux extrémités ». C'est pourquoi nous assistons, pendant le cours du dix-neuvième siècle, à un mouvement libéral, qui tend à rendre peu à peu une autonomie et des attributions propres aux différentes administrations locales, et même à certains services d'ordre général. Ce mouvement a son point de départ avec les lois de 1831 et de 1833 sur les Conseils municipaux et généraux.

Comment se fait la décentralisation ? En rendant électives les autorités locales, ce qui les rend aussi indépendantes. Mais il ne suffit pas de les rendre électives; il faut aussi leur confier des attributions, et pour ces attributions leur donner des pouvoirs de décision.

Ce mouvement, commencé sous la Monarchie de Juillet se poursuit sous la Seconde République, sous le Second Empire, et sous la Troisième République.

Mais une idée essentielle domine toutes ces mesures. Il ne faut jamais perdre de vue que, depuis l'Ancien Régime, et surtout depuis le Premier Empire, la France est un pays centralisé et unitaire.

Par conséquent, les mesures de décentralisation qui sont prises n'ont pas pour but de constater ni de sanctionner l'existence de libertés locales quelconques, qui d'ailleurs n'existent plus depuis longtemps; mais elles sont, avant tout et surtout, des concessions du pouvoir central, qui juge bon de se départir d'un certain nombre de ses attributions pour les transférer à des autorités inférieures. C'est là le caractère primordial de la décentralisation telle qu'elle s'est

faite en France. On comprend fort bien alors que l'administration centrale n'ait donné aux autorités locales qu'une autonomie restreinte, bien différente de l'autonomie laissée aux administrations locales dans un pays comme l'Angleterre. En Angleterre, les administrations locales ont conservé une grande autonomie, mais elles la tiennent de l'histoire, et non pas d'une concession du pouvoir central.

En France, c'est tout l'opposé qui s'est produit. Le pouvoir central, dispensateur parcimonieux de quelques attributions aux autorités locales, a gardé sur celles-ci la haute main. Il s'est réservé un pouvoir de surveillance et de contrôle, que l'on a qualifié du nom expressif, mais impropre de tutelle administrative. Il n'y a pas tutelle, puisque les autorités locales agissent seules sous un certain contrôle, et puisque ce contrôle est organisé non dans leur intérêt, mais dans celui du prétendu tuteur : de l'Etat.

Comment fonctionne ce pouvoir de contrôle ? Du fait que la décentralisation n'est issue que des concessions du pouvoir central découlent les deux traits suivants :

1°) la décentralisation s'est opérée de manière uniforme pour toutes les administrations locales. Il n'y a pas eu lieu de tenir compte de libertés locales inexistantes.

2°) le pouvoir de contrôle de l'autorité centrale s'exerce donc aussi de manière uniforme sur toutes les autorités locales.

Pour toutes les administrations locales, le contrôle consiste dans le pouvoir d'annuler, de suspendre ou

de refuser d'approuver les décisions exécutoires des autorités locales.

Mais le contrôle de l'Etat ne va pas s'exercer toujours de la même façon sur toutes les décisions exécutoires. Il convient de diviser celles-ci en trois groupes.

1^{er} groupe : décisions soumises à approbation.

Dans ce cas, le contrôle des décisions par l'autorité supérieure est obligatoire. C'est-à-dire qu'elles ne sont pas exécutoires de plein droit.

La décentralisation résulte avant tout d'une concession du pouvoir central. Il est donc naturel que pour les matières les plus importantes; en fait les questions financières, l'Etat se soit réservé un pouvoir de contrôle très strict.

2^e groupe : décisions immédiatement exécutoires, sauf contrôle exercé par l'autorité supérieure.

Il faut les subdiviser en deux parts :

1) décisions que l'autorité centrale peut annuler pour raisons de fait, d'inopportunité.

Là encore, le pouvoir de contrôle est pratiquement très considérable (ex. pouvoirs de police du maire).

2) décisions que l'autorité centrale ne peut annuler que pour une cause déterminée par un texte précis (ainsi un Conseil général dépasse les limites de sa compétence).

Dans ces deux cas, l'autorité supérieure annule d'office les décisions incriminées.

3^e groupe : décisions exécutoires qui ne peuvent être annulées que sur requête et pour une cause déterminée.

Dans ce cas, l'autorité compétente pour statuer sur l'annulation est le Conseil d'Etat, considéré alors non comme un tribunal, mais comme un corps administratif.

Enfin certaines décisions sont exécutoires sans contrôle. Mais en fait, elles restent soumises au contentieux administratif d'annulation, par la voie du recours pour excès de pouvoir.

Mais la surveillance de l'autorité supérieure ne se borne pas au contrôle des décisions exécutoires. Elle s'exerce aussi sur les opérations mêmes d'exécution, notamment par l'établissement de cahiers des charges-types dont l'adoption est obligatoire pour les autorités locales.

En outre les personnes mêmes qui composent les pouvoirs locaux peuvent, dans certains cas, être révoquées ou suspendues par l'autorité centrale.

Rien ne montre plus clairement avec quelle prudence la décentralisation a été effectuée, et combien le pouvoir central a tenu à garder la haute main sur tous les pouvoirs locaux.

Nous connaissons maintenant l'historique de la décentralisation en France, et l'esprit qui a présidé à sa réalisation. Nous venons d'analyser rapidement le pouvoir de contrôle. Nous sommes donc maintenant en mesure de le comparer au pouvoir hiérarchique.

1°) Il y a entre la hiérarchie et le contrôle une première différence : la hiérarchie n'existe que pour les fonctionnaires de l'Etat, elle n'existe que dans les fonctions centralisées. Le contrôle, au contraire,

ne s'applique qu'aux fonctionnaires des administrations décentralisées.

2°) Les fonctionnaires soumis à la hiérarchie se trouvent dans un état de subordination très stricte.

« Dans la perspective de la hiérarchie, le fonctionnaire n'a pas de pouvoirs propres de décision pour l'accomplissement de sa fonction. Le principe est l'absence de pouvoirs propres, alors le fonctionnaire est entièrement sous l'autorité de son chef »...¹.

Au contraire, pour les agents décentralisés et soumis au contrôle, le principe : c'est une personnalité distincte, une autonomie et des pouvoirs propres de décision.

3°) Par suite de cette différence entre le fonctionnaire hiérarchisé et le fonctionnaire décentralisé, le pouvoir hiérarchique et le pouvoir de contrôle n'auront pas la même portée, la même valeur.

Le principe, pour le fonctionnaire centralisé, c'est l'absence de pouvoirs propres, de personnalité. Il n'est qu'un organe de la personne administrative dont il fait partie. Donc le pouvoir hiérarchique sera très fort, très étendu : il aura pour effet de mettre les fonctionnaires dans la main de leurs supérieurs.

Il comportera le droit pour le supérieur d'annuler ou de suspendre les actes de ses subordonnés, mais aussi et surtout le droit de les réformer, de les refaire. On a pu dire que le supérieur avait le droit de refaire la volonté de la personne morale mieux informée. Cependant ce pouvoir de réformation a deux limites pratiques :

(1) HAURIOU : Droit administratif, édition 1927.

a) le supérieur peut refaire un acte juridique d'un de ses subordonnés; mais il lui est impossible de refaire une opération matérielle.

b) le pouvoir de réformation du supérieur ne peut pas porter atteinte au contrat valablement passé avec un particulier par le fonctionnaire compétent.

Les autorités décentralisées ont en principe des pouvoirs propres. Elles jouissent d'une autonomie relative. Leur volonté pourra donc se manifester librement, et le pouvoir de contrôle sera moins étendu que le pouvoir hiérarchique. Il consistera seulement dans la faculté d'approuver, de suspendre ou d'annuler les décisions exécutoires des autorités locales. Mais il ne consiste *jamais*, en principe, dans le droit de réformer, de refaire l'acte incriminé. Voilà une différence capitale entre le pouvoir hiérarchique et le pouvoir de contrôle. L'autorité centrale, par l'exercice du contrôle, ne peut pas substituer sa volonté à celle de l'agent décentralisé. Comme l'a dit très heureusement M. Duguit :

.....« l'effet voulu par l'agent décentralisé sera ou ne sera pas; mais s'il est, il sera toujours ce qu'il a été voulu sans aucune modification » ¹.

En effet, du moment que l'on décentralise, que l'on accorde une certaine autonomie aux autorités locales, il faut bien admettre que l'autorité supérieure qui contrôle n'est pas compétente pour agir au nom des collectivités subordonnées, puisque celles-ci ont leurs organes propres.

(1) DUGUIT : L'Etat, tome 2 : les gouvernants et les agents, page 732.

Cependant, n'oublions pas que la décentralisation n'a été réalisée que par des concessions du pouvoir central. Aussi l'autonomie des autorités décentralisées peut-elle recevoir en fait deux graves atteintes :

a) pouvoir pour l'autorité centrale d'agir au lieu et place des autorités locales, par l'inscription d'office de certaines dépenses obligatoires dans le budget local.

b) Substitution de l'action du préfet, en qualité de représentant du pouvoir central, à celle du maire, en matière de police municipale.

Enfin, l'autonomie relative des pouvoirs locaux est encore restreinte en fait par le droit de révocation appartenant à l'autorité centrale, et les pressions de fait que celle-ci peut exercer sur les pouvoirs locaux.

En conclusion, le pouvoir hiérarchique est beaucoup plus fort et plus étendu que le pouvoir de contrôle. Mais en raison de la nature particulière de la décentralisation qui s'est faite en France, l'autonomie des pouvoirs locaux est en fait assez restreinte.

TITRE DEUXIEME

LIMITES DU DEVOIR D'OBEISSANCE

Lorsque nous avons étudié la nature juridique du devoir d'obéissance, nous nous sommes trouvés en présence de deux conceptions radicalement opposées.

Dans une première conception, que nous avons trouvée sous la plume de M. Duguit, le grand principe du droit public moderne, c'est la suprématie de la loi, qui se manifeste dans tous les domaines.

En particulier, pour ce qui touche à l'organisation administrative, ce principe a pour conséquence essentielle de faire toujours passer les ordres généraux de la loi avant les ordres particuliers qu'un supérieur peut adresser à ses subordonnés. Il conduit donc en fait à restreindre la portée du devoir d'obéissance, et même, comme le fait M. Duguit, à en nier complètement l'existence.

La seconde conception, que l'on pourrait qualifier de centralisatrice et d'autoritaire, voit dans le devoir d'obéissance hiérarchique une obligation spéciale des fonctionnaires, distincte du devoir général de fidélité à la loi.

Nous allons retrouver, en cherchant les limites du devoir d'obéissance, ces deux conceptions antago-

nistes, qui, toutes deux, nous apporteront des solutions différentes, entre lesquelles il nous faudra choisir, à moins que nous ne cherchions à appliquer la maxime : « *in medio stat virtus* », en nous bornant à mettre au point une solution transactionnelle et raisonnable.

Il y a deux points sur lesquels tout le monde semble d'accord :

1°) Il est absolument évident aujourd'hui que le devoir d'obéissance du fonctionnaire s'étend seulement à son service. En dehors et à côté du service, l'agent n'est pas tenu d'obéir aux ordres de son supérieur hiérarchique. Spécialement, pour ce qui concerne sa vie privée, il n'a pas à recevoir d'injonctions de ses chefs. Dans certains régimes centralisés et autoritaires, de tels errements ont pu se produire. Ils correspondent à un véritable essai de mainmise de l'administration sur le fonctionnaire, sur sa personne, sur sa vie privée.

2°) Dans un ordre d'idées tout à fait voisin, le supérieur ne peut pas donner d'ordres privés à un fonctionnaire; autrement dit : il ne peut pas employer le subalterne à son service personnel. Cela est évident : le supérieur qui agit ainsi sort de sa propre compétence, et l'ordre qu'il donne à un de ses subordonnés n'a pas de valeur. Si le subordonné obéit, il rend seulement un service gracieux à son supérieur, mais cela n'a rien à voir avec le service.

En réalité, la seule question importante est celle-ci : le fonctionnaire est-il tenu ou non d'obéir à un ordre même illégal de son supérieur ?

La solution de ce problème varie selon que l'on se trouve dans le domaine pénal, ou dans le domaine civil, selon qu'il s'agit de militaires ou de fonctionnaires civils.

CHAPITRE PREMIER.

Limites du devoir d'obéissance des militaires.

Nulle part ailleurs qu'en matière militaire, le conflit entre le principe de la toute-puissance de la loi et celui de la subordination hiérarchique n'est aussi aigu.

Donne-t-on le pas aux ordres de la loi sur ceux de l'autorité militaire ? Alors on introduit dans l'armée le droit pour les subordonnés de discuter les ordres de leurs supérieurs, le droit de refuser d'obéir aux ordres illégaux. Mais ce faisant, on tue la discipline militaire, on ôte à la force militaire ce qui en fait la valeur.

Veut-on admettre au contraire une subordination absolue des soldats à leurs chefs ? On se trouve conduit alors à des conséquences extrêmes qu'il est impossible d'admettre, telle que l'irresponsabilité du militaire pour crime atroce commis sur l'ordre d'un supérieur.

Il semble donc nécessaire d'arriver à une conciliation de ces deux thèses, qui ne peuvent donner ni l'une ni l'autre des résultats satisfaisants, lorsqu'on a le tort de les prendre trop au pied de la lettre.

La question des limites du devoir d'obéissance des

militaires va se présenter à nous sous deux aspects qu'il faut distinguer soigneusement.

1) Il faut d'abord envisager les rapports de la force armée avec les pouvoirs civils.

2) Une fois cette question tirée au clair, nous envisagerons les rapports des militaires entre eux à l'intérieur de la hiérarchie.

A) Rapports des militaires avec l'autorité civile.

Le but essentiel de la force armée, c'est d'être un instrument de contrainte, puisque son rôle consiste avant tout à garantir le maintien de l'ordre et de la paix contre toute agression extérieure ou contre les troubles intérieurs. Pour que cette mission puisse être toujours assurée, il faut donc que l'armée soit à la disposition des pouvoirs civils, et ceux-ci seront seuls juges de l'opportunité de son intervention.

La légitimité de la décision des autorités civiles ne devra donc, en aucun cas, être appréciée par l'élément militaire. En conséquence, les militaires seront toujours irresponsables de l'exécution des ordres réguliers des pouvoirs civils.

Mais comment et jusqu'à quel point la force armée pourra-t-elle être mise en mouvement par les autorités civiles ? La solution n'est pas la même dans tous les cas :

1) La force armée doit en principe être à la *disposition* du pouvoir central. Ce principe évident a été affirmé à plusieurs reprises dans les Constitutions françaises. (Article 12 du titre IV de la Constitution de 1791 — article 275 de la Constitution du 5 Fruc-

tidor de l'An III — article 84 de la Constitution du 22 Frimaire de l'An VIII — article 104 de la Constitution du 4 novembre 1848 — Loi Constitutionnelle du 25 Février 1875 — article 3, alinéa 3).

Ce dernier texte porte que : « Le Président de la République dispose de la force armée ».

Comme le dit M. Duguit :

« ...Prise en corps, la force armée est un élément privé de volonté et d'intelligence, une machine à contraindre; et si l'on parle d'obéissance de la force armée aux gouvernants, c'est pure métaphore, comme on dit que l'outil obéit à l'ouvrier » ¹.

En principe, le Chef de l'Etat possède seul ce droit de disposition de la force armée. La loi Constitutionnelle est muette sur le point de savoir s'il peut la commander lui-même. Mais elle ne lui refuse pas ce droit expressément. D'ailleurs, certaines Constitutions étrangères donnent ce droit au Chef de l'Etat.

Un tel pouvoir de disposition serait dangereux s'il était donné à d'autres qu'au gouvernement.

Cependant, certains agents du gouvernement peuvent adresser des ordres aux agents civils de la force armée.

Ainsi, les préfets, les maires peuvent donner directement leurs ordres aux agents de police, aux gardes-champêtres.

Nous retrouvons là quelque chose de semblable au droit de disposition de la force armée qui appartient au Chef de l'Etat. C'est aussi un droit de dispo-

(1) DUGUIT : Etudes de droit public. L'Etat, tome II : les gouvernants et les agents.

sition, mais beaucoup plus restreint. En conséquence, les agents civils de la force armée sont couverts par l'ordre reçu, et ils n'ont pas à en apprécier la légalité.

Mais en dehors du seul gouvernement, aucun fonctionnaire n'a le droit de disposition de la force armée proprement dite. Certains ont seulement un pouvoir de réquisition. En quoi consiste-t-il ?

Le mécanisme de la réquisition est basé sur une distinction entre l'initiative de l'opération à accomplir, qui appartient à l'agent du pouvoir civil, et les détails de l'opération elle-même, qui relèvent uniquement de l'autorité militaire requise.

Le fonctionnaire investi du droit de réquisition enjoint à l'autorité militaire de venir, avec des troupes en armes, sur un point précis, dans un but déterminé. Mais là se borne son pouvoir. Il ne peut pas enjoindre à l'autorité militaire de prendre telle ou telle mesure particulière. Il ne peut que l'amener à pied d'œuvre. Une fois qu'il a obtempéré à la réquisition, le chef de la force armée reprend toute son initiative, il est libre du choix des moyens à utiliser pour obtenir la réalisation du but poursuivi.

La réquisition, pour être valable, doit être faite en la forme légale : c'est-à-dire qu'elle doit être écrite, signée, et porter l'indication du but poursuivi. Mais l'autorité militaire n'a pas à apprécier la légalité de ce but. Elle n'apprécie seulement que la légalité formelle de l'acte de réquisition, et s'il est régulier en la forme, doit y obtempérer aussitôt.

Mais une fois qu'il a satisfait à la réquisition, le

chef militaire reprend sa pleine initiative, et du même coup toute sa responsabilité, et il ne pourrait pas, par la suite, prétendre échapper à des poursuites pénales ou civiles en s'abritant derrière de prétendues injonctions de l'autorité civile.

B) Rapports des militaires entre eux à l'intérieur de la hiérarchie.

La discipline fait la force principale des armées. Qui ne connaît ce principe célèbre et très juste qui affirme la nécessité d'une obéissance passive en matière militaire ?

Si nous admettons la supériorité de la loi sur l'ordre du supérieur, nous introduisons la discussion dans les rapports entre inférieurs et supérieurs, nous aboutissons à la destruction de toute discipline. Le principe unanimement admis est donc celui de l'obéissance passive.

Cependant, les pays anglo-saxons : Grande-Bretagne et Etats-Unis, semblent rester fidèles au principe de la suprématie de la loi.

En principe, le militaire anglais ou le militaire américain est traité, malgré sa qualité de militaire, comme un citoyen quelconque, sa responsabilité personnelle est toujours engagée.

La meilleure preuve de cette identité de traitement entre civils et militaires est qu'ils sont traduits devant les mêmes juridictions.

Mais en fait, il en est tout autrement; la nécessité d'une stricte subordination des militaires à leurs chefs est reconnue dans ces pays aussi bien que dans

les autres. Jamais, en pratique, un militaire n'est condamné par les tribunaux pour avoir obéi à ses chefs; et, aux Etats-Unis, la jurisprudence va même jusqu'à poser en principe la suppression de la responsabilité par l'ordre.

Ajoutons aussi que dans ces deux pays, le gouvernement peut soustraire le militaire qui a obéi à la comparution devant les tribunaux.

En réalité, le droit des pays Anglo-Saxons reste fidèle en principe aux idées d'individualisme et de responsabilité personnelle. Mais il sait fort bien, le cas échéant, donner une entorse aux principes, et c'est ce qui s'est produit pour la responsabilité des militaires.

En France, les partisans de la toute-puissance de la loi admettent souvent aussi la nécessité de l'obéissance passive. Mais pour la concilier avec le principe qu'ils défendent, ils disent que la loi du soldat, c'est d'obéir à son supérieur. Donc, si le soldat obéit à un ordre, même illégal, de son chef, il exerce néanmoins son devoir conformément à la loi. N'empêche que si l'ordre du supérieur est illégal, il y a quand même atteinte au principe de la suprématie de la loi.

Le principe de l'obéissance passive du soldat semble donc être le seul qui satisfasse pleinement aux nécessités de l'action militaire. Mais va-t-on admettre une obéissance passive absolue, couvrant jusqu'aux crimes, jusqu'à l'absurde ?

Non pas, une telle exagération doit certainement être rejetée. Certes le soldat est tenu d'obéir à un ordre de son chef, même si cet ordre est illégal.

Cependant, lorsque le commandement est manifestement illégal, si par exemple le chef ordonne à son subordonné de commettre un crime ou un délit grave, il n'est plus possible d'admettre que le soldat a été couvert par l'ordre de son supérieur, et il faudra bien décider qu'il est responsable, en dépit de l'ordre reçu.

Mais comment peut-on trouver un critérium satisfaisant qui permette de concilier la nécessité de l'obéissance passive avec les limites que lui impose le bon sens ?

Ce critérium, nous le trouverons dans l'application bien entendue des principes généraux du droit pénal.

Lorsque l'illégalité de l'ordre n'est pas évidente, le soldat peut être considéré comme ayant agi de bonne foi. Dans certains cas même, il pourra être considéré comme ayant agi sous l'empire de la contrainte. D'ailleurs, les sanctions du refus d'obéissance en matière militaire, surtout en temps de guerre, ne sont-elles pas très rigoureuses, donc de nature à impressionner un militaire de rang inférieur, et ne constituent-elles pas une force irrésistible qui le pousse à obéir ?

Autrement dit, l'appréciation du degré de responsabilité du militaire obéissant sera pour le juge une question de fait. Il lui faudra, pour chaque cas, résoudre une question de volonté ou d'intention. Mais il ne lui faudra jamais perdre de vue le caractère essentiel de la discipline militaire, qui est d'être très stricte et d'être indispensable. Comme le dit M. Jo-

seph-Barthélemy : « Le plus léger doute doit s'interpréter dans le sens de l'obéissance, par conséquent de l'irresponsabilité du soldat » ¹.

Il est un point sur lequel les soldats doivent refuser d'obéir à leurs chefs, c'est le cas où ceux-ci leur donneraient un ordre violant la loi constitutionnelle.

En effet, la force armée est par définition à la disposition des pouvoirs publics. Elle a pour rôle de défendre l'Etat aussi bien contre les attaques extérieures que contre les attaques intérieures; et cela les soldats, même d'un rang très inférieur, ne doivent pas l'ignorer. S'ils obéissent à un ordre de ce genre, ou bien ils sont de mauvaise foi, car l'ordre est manifestement illégal, ou bien ils sont contraints, et l'on retombe alors dans l'appréciation de fait de leur culpabilité par le juge.

En plus des raisons juridiques qui nous font adopter le principe de l'obéissance passive mitigée, il nous faut ajouter des considérations de pur fait.

La force armée est une machine à contraindre. En temps normal elle est inerte; son fonctionnement n'est requis que pour rétablir l'ordre, que pour sauvegarder la paix menacée. Par conséquent, elle ne fonctionne que dans des périodes où la légalité est plus ou moins atteinte ou méconnue. Il faut donc, dans l'intérêt même du rétablissement de l'ordre et de la sécurité, que l'action militaire ne soit pas entravée par l'appareil législatif. Certes, les lois qui

(1) JOSEPH-BARTHÉLEMY : L'influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des agents. *Revue de Droit public*, 1914.

constituent l'armature même du corps social, les lois constitutionnelles, doivent être respectées. Il est facile à tout le monde de les connaître, et de plus on comprendrait mal que l'armée qui doit les défendre, tentât de les détruire !

De même, il y a des crimes et des délits qui dépassent la portée des lois pénales qui les prévoient. Leur caractère criminel est tellement évident que le soldat, aussi bas placé soit-il, serait inexcusable de les commettre, même sur l'ordre de son supérieur. Jamais personne ne croira qu'il soit conforme au but de la guerre de violer une femme, ou de tirer sur une population civile inoffensive ! Et le soldat qui ferait cela sur l'ordre de son chef, serait certainement coupable.

Mais en dehors de ces cas d'illégalité certaine, il faut bien admettre que les nécessités de l'action militaire imposent souvent un fonctionnement extra-légal, si l'on peut dire, de la force armée. L'état de guerre légitime des actes qui seraient criminels pendant la paix, sinon, il faudrait poursuivre chaque soldat qui a tué un soldat ennemi pour homicide volontaire.

A l'appui de cette idée, on peut encore invoquer la législation relative à l'état de siège, qui donne à l'autorité militaire le droit de modifier ou de suspendre l'exercice de certaines libertés publiques essentielles, telles que la liberté de la presse, ou la liberté de réunion.

Comme le dit excellemment un auteur :

« Ce n'est pas une diminution du droit de raison-

ner qui doit fonder, chez le soldat, une obéissance plus complète, mais bien la difficulté de fait, pour lui, de découvrir l'évidence du vice de l'ordre » ¹.

En résumé, nous adoptons, avec M. Joseph-Barthélemy, la théorie rationnelle de l'obéissance passive limitée par l'absurde.

(1) MANDRETTE : Les instructions des supérieurs hiérarchiques.
Thèse, Paris, 1908.

CHAPITRE DEUXIÈME.

Responsabilité pénale des fonctionnaires civils.

Les nécessités de l'action militaire imposent donc le système de l'obéissance passive à l'intérieur de la hiérarchie. Mais en est-il de même pour les fonctionnaires civils ? Cela paraît douteux, car les raisons qui nous ont fait adopter une subordination aussi stricte ne se retrouvent plus en matière administrative, ou du moins, ne se retrouvent pas avec la même intensité.

Si la force armée est souvent tenue d'agir en dehors de la légalité, l'administration au contraire doit fonctionner dans le cadre des lois existantes, dont elle est chargée d'assurer le respect et l'application.

D'autre part, la discipline des fonctions publiques est beaucoup moins stricte que la discipline militaire. Pour toutes ces raisons, il paraît bien difficile d'admettre que l'ordre du supérieur puisse supprimer la responsabilité du subordonné, et cela surtout en matière pénale, où l'adage : « *Nemo censetur ignorare legem* » doit s'appliquer avec toute sa force.

Comment le problème est-il résolu, en fait, par le

droit français ? Voilà ce qu'il nous faut rechercher.

Certaines législations étrangères posent catégoriquement le principe de l'irresponsabilité du fonctionnaire obéissant (Code pénal Hollandais : art. 43. Code pénal Italien, art. 49), faisant ainsi application de l'adage latin : « *Is damnum dat qui jubet dare, ejus vero nulla culpa est cui parere necesse est* ».

Il n'y a pas, dans notre Code pénal français, de disposition générale sur ce point.

L'influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des fonctionnaires n'est expressément envisagée que dans deux cas : ceux des articles 114 et 190.

L'article 114 vise le cas de fonctionnaires qui ont ordonné ou commis des actes attentatoires à la liberté individuelle, aux droits civiques des citoyens, ou à la Constitution, et prévoit la peine de la dégradation civique.

L'article 190 prévoit l'influence de l'ordre hiérarchique sur les cas visés par les articles 188 et 189, d'après lesquels tout fonctionnaire qui aura requis ou fait requérir l'emploi de la force publique contre l'exécution des lois ou des ordonnances de justice, ou encore contre la perception d'une contribution, sera puni de la réclusion.

Pour ces deux cas, l'ordre du supérieur hiérarchique constitue, pour le fonctionnaire obéissant, une excuse absolutoire.

Pour qu'il en soit ainsi, trois conditions seront requises :

1°) il faut un ordre antérieur à l'accomplissement de l'acte délictueux.

Par conséquent, la simple confirmation de l'acte par le supérieur, si fréquente dans la pratique administrative, ne suffirait pas.

2°) il faut que l'ordre émane bien d'un supérieur hiérarchique.

Un maire ne pourrait donc pas s'abriter derrière un commandement qui lui aurait été donné par l'autorité militaire.

3°) il faut que l'objet de l'ordre soit bien de la compétence du supérieur.

Ainsi, un employé des postes qui aurait arrêté un contrevenant sur l'ordre de son supérieur ne pourrait pas invoquer l'excuse de l'article 114.

Lorsque ces trois conditions se trouvent réunies, le fonctionnaire obéissant est absous, c'est-à-dire qu'il est exempt de la peine, mais il reste coupable. L'excuse absolutoire n'efface pas la culpabilité, elle supprime la peine.

La cause de l'excuse, c'est le devoir d'obéissance hiérarchique du fonctionnaire. Peu importe que celui-ci ait été de bonne ou de mauvaise foi, qu'il ait agi ou non sous l'empire de la contrainte. Du moment que les trois conditions précitées sont réunies, le juge est lié, et l'excuse doit s'appliquer.

Le principe posé par les articles 114 et 190 est-il absolu, peut-il s'appliquer à tous les fonctionnaires et dans tous les cas ?

A cette question, il faut répondre par la négative. En droit pénal, les excuses absolutoires sont de droit étroit, elles ne peuvent pas s'étendre à d'autres cas que ceux qui sont expressément prévus. Il faut donc

décider, a contrario, que le principe, en dehors des cas limitativement prévus par la loi, est celui de la responsabilité pénale du fonctionnaire, en dépit de l'ordre hiérarchique. Le seul effet de cet ordre sera que le supérieur coupable de l'avoir donné sera poursuivi comme co-auteur ou complice.

La vérité est que le législateur a pris soin, dans certains cas exceptionnels, de maintenir intacte la force du lien hiérarchique. Il n'a pas voulu que les subordonnés puissent hésiter un seul instant à accomplir les ordres reçus, devant la menace d'une responsabilité pénale redoutable.

Aussi a-t-il décidé d'affirmer, pour ces cas particuliers, le principe de l'obéissance passive.

Il faut noter d'ailleurs que, pour les actes prévus dans les articles 114 et 190, les raisons qui ont conduit le législateur à exonérer de toute peine les fonctionnaires obéissants se rapprochent beaucoup de celles qui imposent le maintien de l'obéissance passive en matière militaire.

Le principe général est donc que l'ordre hiérarchique n'enlève rien à la culpabilité de l'agent qui l'a exécuté. Cependant, l'ordre peut entraîner la mise en jeu des principes généraux du droit pénal (article 64 du Code Pénal). En effet, dans certains cas, l'ordre du supérieur hiérarchique pourra être considéré comme faisant l'effet d'une contrainte sur le fonctionnaire. Mais pour que cette contrainte puisse être prise en considération, il faut qu'elle ait été irrésistible. A ce degré seulement, elle peut constituer un fait justificatif qui fera disparaître la culpabilité de l'agent.

Dans les infractions intentionnelles, on pourra faire entrer en ligne de compte la bonne foi de l'agent. Une présomption de légalité s'attache toujours dans la pratique aux ordres des supérieurs. Si l'agent est persuadé que l'ordre reçu est conforme à la loi, il l'exécutera dans la conviction qu'il ne commet pas un acte délictueux. Il n'aura point d'intention coupable.

Cependant, l'admission de la bonne foi comme fait justificatif est limitée, et cela pour deux raisons :

1) si l'illégalité de l'acte est évidente, il devient impossible d'admettre la bonne foi, et la responsabilité du fonctionnaire obéissant ne peut pas être écartée.

2) la bonne foi ne peut pas être considérée comme un fait justificatif dans les infractions non-intentionnelles. Dans ce cas, seule la contrainte pourrait être invoquée.

Il faut d'ailleurs noter que ces deux faits justificatifs ne peuvent pas coexister; autrement dit, la contrainte et la bonne foi s'excluent l'une l'autre. Celui qui agit sous l'empire de la contrainte sait bien que l'ordre qu'il reçoit est illégal, puisqu'il faut le forcer à l'exécuter. Inversement, celui qui agit de bonne foi croit que l'ordre de son supérieur est légal; il agit donc bien de son plein gré.

Enfin, même au cas où la responsabilité de l'agent obéissant n'aurait pas pu être écartée, l'ordre hiérarchique pourrait encore servir de base à l'admission des circonstances atténuantes.

A l'inverse de ce que nous avons dit au sujet du

devoir d'obéissance des militaires, le défaut d'intention coupable sera admis beaucoup plus difficilement. En effet, la discipline des fonctions publiques est moins rigoureuse et moins nécessaire que la discipline militaire.

Pour apprécier s'il y a un défaut l'intention coupable constituant un fait justificatif qui supprime la culpabilité, ou pour apprécier si l'ordre hiérarchique peut entraîner l'admission de circonstances atténuante, il faudra tenir compte du degré d'illégalité de l'ordre, de la nature de l'infraction commise, et aussi et surtout de la situation du fonctionnaire subordonné et de son degré d'instruction.

Ajoutons que sous le régime de garantie administrative antérieur au décret de 1870, aucune poursuite ne pouvait être exercée contre un fonctionnaire sans l'autorisation préalable du Conseil d'Etat. Il va sans dire que sous un tel régime, le gouvernement couvrirait en fait ses agents obéissants en refusant systématiquement toute autorisation de poursuites contre ceux qui n'avaient fait qu'obéir. C'était là une conséquence logique de la centralisation absolue qui régnait en France, depuis la Constitution de l'An VIII.

La suppression de la garantie administrative par le décret de 1870 a-t-elle changé l'ordre des choses ?

Aujourd'hui, la procédure du conflit permet d'enlever à un tribunal de l'ordre judiciaire la connaissance d'un acte administratif, en se basant sur le principe de la séparation des autorités.

Or, apprécier un ordre hiérarchique, c'est bien apprécier un acte administratif. Le fonctionnaire obéis-

sant peut donc être soustrait à ses juges naturels, au moyen de la procédure du conflit.

Il y a donc, en fait, rétablissement de la garantie administrative par une voie détournée; ce qui montre en passant la force de l'idée de hiérarchie et de devoir d'obéissance dans l'administration française. Mais il convient de remarquer :

a) que le conflit ne peut jamais être élevé en matière criminelle;

b) que le tribunal des conflits a admis que la violation formelle de la loi pénale ne peut pas être considérée comme un acte administratif, même si elle a été commise sur l'ordre d'un supérieur hiérarchique (arrêt Vincent — 15 février 1890).

Un dernier cas assez particulier et assez curieux d'irresponsabilité pénale résultant de la subordination hiérarchique nous est fourni par une décision assez récente. L'article 10 de la loi du 6 octobre 1919, modifiant l'article 175 du Code Pénal punit de l'emprisonnement et de l'amende le fonctionnaire chargé, à raison même de sa fonction, de la surveillance ou du contrôle direct d'une entreprise privée, et qui, après avoir quitté le service, entrera au service de cette même entreprise privée, sans avoir observé le délai de cinq ans prévu par la loi.

Le tribunal correctionnel de la Seine a jugé, le 26 mars 1924, que cette disposition ne s'appliquait pas à un fonctionnaire du Ministère du travail, chargé par son chef hiérarchique de vérifier la légalité des statuts d'une société, statuts qu'on lui apportait au ministère, et qui, après avoir démissionné,

est entré au service de cette société avant l'expiration du délai de cinq ans.

En effet, dit le jugement, ce fonctionnaire n'a jamais exercé un *contrôle direct* sur les statuts de la société. Il n'a été qu'un intermédiaire entre celle-ci et son chef. Ce dernier, seul, avait un pouvoir de décision.

Il y a là une nouvelle affirmation de la puissance du lien de subordination hiérarchique, qui fait du fonctionnaire obéissant un simple organe, entre les mains de son chef. Ce dernier, ayant seul un pouvoir de décision, tombe seul sous le coup de l'article 175.

Ce qu'il y a de curieux dans ce jugement, c'est qu'il donne une sorte de survie au lien hiérarchique, dont les effets subsistent encore, après cessation de ses fonctions, pour le subordonné.

CHAPITRE TROISIÈME.

Responsabilité civile des fonctionnaires.

Les règles que nous venons d'exposer, concernant la responsabilité pénale des fonctionnaires, ne peuvent pas nous fournir, par analogie, des solutions touchant à leur responsabilité civile. Nous sommes là dans un domaine tout à fait différent.

En effet, nous avons vu d'abord que les cas prévus expressément par le Code pénal ne donnent lieu qu'à l'admission d'une excuse absolutoire; c'est-à-dire qu'ils suppriment l'application de la peine, mais qu'ils ne font pas disparaître la culpabilité. En dehors de ces cas, la culpabilité peut disparaître par le défaut d'intention coupable résultant de la contrainte ou de la bonne foi.

En matière civile, une seule question se pose : l'ordre va-t-il ou non faire disparaître la responsabilité du fonctionnaire obéissant ?

On conçoit aisément la difficulté qui s'attache à ce problème.

Dans un système de centralisation administrative très forte, où la hiérarchie est par conséquent très stricte, la responsabilité personnelle du fonctionnaire n'entrera presque jamais en jeu : il sera tou-

jours couvert par l'ordre d'un supérieur, soit préalable, soit postérieur à l'acte. Pourquoi ? Parce que dans un tel système, le fonctionnaire n'a pas, dans la hiérarchie, de personnalité propre. Il n'est qu'un instrument, qu'un organe, chargé d'exécuter la volonté de son supérieur, présumée conforme à celle de la collectivité administrative.

Il résultera de là, que, dans un tel régime, l'action administrative sera prompte et énergique. Mais elle risque aussi d'être plus arbitraire et plus injuste, puisque les agents n'encourront jamais de responsabilité du chef de leur activité.

Cependant, il ne faut pas s'exagérer les conséquences du système : l'irresponsabilité des agents serait intolérable et inique si elle avait pour corollaire l'irresponsabilité de la puissance publique. Mais ce n'est pas le cas aujourd'hui. En réalité, la centralisation des fonctions n'aboutit qu'à un déplacement de la responsabilité. Elle tend à substituer partout la responsabilité de l'Etat à celle de ses agents, puisque ceux-ci ne sont, dans une telle conception, que de simples organes. C'est là un des aspects les plus frappants de la vie administrative moderne. Ajoutons que ce n'est pas un mal puisque l'Etat est doté de ressources infiniment plus considérables que ne le sont celles de ses agents. L'action de la puissance publique ne sera donc pas entravée par la crainte, chez les agents, d'encourir une responsabilité pécuniaire très considérable, et l'Etat n'hésitera pas, dans certains cas, à léser certains intérêts particuliers dans un but d'intérêt général, puisqu'il dispose toujours

de ressources suffisantes pour les indemniser. Il ne sera jamais arrêté par la crainte d'une responsabilité pécuniaire. A l'inverse, dans un pays individualiste, comme les Etats-Unis ou l'Angleterre, les agents seront toujours responsables de leur activité. Ils sont soumis à la loi, comme tous les autres citoyens, ils sont donc personnellement responsables s'ils commettent une acte illégal, et ce n'est pas l'ordre donné par un supérieur qui pourra supprimer cette responsabilité. Autrement dit, dans un pays individualiste, la personnalité du fonctionnaire reste entière. Elle ne s'intègre pas dans la hiérarchie, comme c'est le cas dans un pays centraliste.

Dans un tel régime, l'arbitraire et l'injustice seront ~~fortement~~ atténués, mais devant la charge écrasante de la responsabilité qui les menace, les fonctionnaires n'oseront point agir, à moins qu'on ne trouve le moyen, en fait, d'atténuer cette responsabilité, ou de la faire passer par un moyen détourné à la charge de l'Etat.

Donc, en notre matière, pas de demi-mesures. Ou bien le fonctionnaire obéissant est absorbé par la hiérarchie, et dans ce cas il ne peut pas être rendu responsable de son obéissance; ou bien il garde toute sa personnalité et doit respecter la loi, et alors il sera toujours responsable, même s'il agit par ordre.

Telles sont, en théorie, les deux solutions qui dominent notre débat. Cherchons comment elles s'appliquent pratiquement en France, et dans d'autres pays, choisis comme types d'organisation administrative.

1^{er} système (Allemagne).

Irresponsabilité absolue de l'agent obéissant.

Nous avons vu que la doctrine Allemande pose le principe d'un devoir particulier d'obéissance pour les fonctionnaires. En droit Allemand, l'ordre du supérieur doit être considéré comme la loi par le subordonné qui le reçoit.

Mais que va-t-il se passer, si l'ordre donné par le supérieur est illégal ?

D'une part, nous disent tous les auteurs, le contrat de service d'Etat fonde, pour le fonctionnaire, un devoir d'obéissance à *tous* les ordres de son supérieur; d'autre part, dit la loi allemande des fonctionnaires : « Tout fonctionnaire de l'Empire est responsable de la légalité de ses actes dans le service ».

Il y a donc là un conflit, conflit entre le devoir général d'obéissance à la loi, et le devoir spécial d'obéissance du fonctionnaire envers son supérieur, devoir qui est tout aussi impérieux que le premier. D'un côté, le fonctionnaire encourt une responsabilité juridique, et de l'autre une responsabilité disciplinaire.

Dans quel sens faut-il trancher ? La doctrine Allemande penche généralement du côté du devoir d'obéissance.

Deux théories ont été successivement proposées pour justifier cette solution.

1°) Réitération de l'ordre.

D'après une première opinion, aujourd'hui aban-

donnée, le fonctionnaire qui reçoit un ordre illégal, peut en demander la confirmation au supérieur de qui émane cet ordre. Si le supérieur réitère son ordre, l'inférieur est couvert par cette réitération, et l'ordre devient définitivement obligatoire.

Ce n'est pas là une solution bien satisfaisante, car en fait la réitération ne peut rien changer au caractère de l'ordre, qui restera toujours illégal.

Le seul avantage pratique de ce procédé, c'est d'attirer l'attention du supérieur sur le caractère illégal de l'ordre qu'il a donné, et de lui permettre ainsi de modifier son ordre ou de le supprimer. Enfin, c'est un moyen de couvrir l'inférieur, qui dégage ainsi sa propre responsabilité.

2°) *Vérification de la validité de l'ordre au point de vue formel.*

Ce deuxième procédé a été développé surtout par Laband. L'examen de la légalité de l'ordre comporte trois questions :

1) l'autorité qui commande est-elle compétente pour donner l'ordre ?

2) le fonctionnaire qui reçoit l'ordre est-il compétent pour l'exécuter ?

Pour ces deux premières questions, le fonctionnaire n'a pas à examiner si le droit en vigueur est lésé ou non. Il lui suffit de se rendre compte si le supérieur qui a donné l'ordre avait bien compétence *formelle* pour le faire; il suffit ensuite qu'il examine si l'ordre rentre bien aussi dans sa compétence à lui, subordonné, au point de vue territorial d'abord

(compétence ratione loci), au point de vue de ses attributions ensuite (compétence ratione materiae).

3°) l'ordre donné est-il régulier en la forme ?

Il faut que l'ordre soit aussi donné dans les formes légales. Pour avoir force obligatoire, il doit être écrit et signé.

Lorsque ces trois conditions se trouvent réunies, le fonctionnaire n'a plus qu'à obéir.

Ainsi, pratiquement, en dehors des cas où l'ordre donné sort nettement de la compétence du supérieur ou du subordonné; en dehors du cas où le supérieur ordonnerait à son subordonné de lui rendre un service d'ordre privé (service domestique, par exemple), le principe consacré en Allemagne est celui de l'irresponsabilité absolue du fonctionnaire obéissant, toutes les fois que l'ordre est régulier au point de vue formel.

Bien entendu, dans un tel système, l'action administrative sera très étendue et très puissante, les fonctionnaires ayant à craindre seulement d'être l'objet de sanctions disciplinaires s'ils n'obéissent pas, et n'ayant à redouter aucune responsabilité civile d'ordre pécuniaire.

2^e système (Etat-Unis — Grande-Bretagne).

Responsabilité de l'agent.

Dans la conception individualiste, qui est celle du droit anglais et américain, le dernier mot doit rester à la loi. Par conséquent, les fonctionnaires sont,

comme les autres citoyens, soumis aux lois. Ils doivent les respecter, ils sont responsables lorsqu'ils commettent des actes illégaux, quand bien même ils auraient agi sur l'ordre d'un supérieur. Tel est le principe; mais en fait, avons-nous dit, ce principe envisagé à la lettre aurait pour effet certain de détruire toute espèce d'initiative chez les agents de l'administration. Aussi ce principe subit-il dans la pratique des atténuations considérables.

« Le roi ne peut mal faire ». Tel est l'adage qui fixe le principe de l'irresponsabilité de la Couronne. Si la responsabilité pouvait remonter du fonctionnaire qui a exécuté un ordre jusqu'à la Couronne, qui l'aurait donné, ce principe traditionnel se trouverait compromis.

Ni les ordres de la Couronne, ni ceux d'un supérieur ne peuvent décharger un fonctionnaire anglais de la responsabilité d'un acte illégal, mais :

1) les fonctionnaires dits « ministerial » qui, d'après le sens même de ce mot, ne peuvent agir que sur l'ordre d'une autorité supérieure, n'encourent point de responsabilité personnelle.

2) l'agent condamné pour avoir agi sur l'ordre de son supérieur est en somme victime de son dévouement à la chose publique. S'il subit une condamnation pécuniaire, il sera lésé par la faute de l'administration, puisqu'il n'a fait qu'obéir aux ordres reçus; il est donc tout à fait équitable qu'il soit indemnisé par cette dernière; et en fait il le sera souvent.

Le droit américain, parent du droit anglais, pose aussi le principe de la responsabilité de l'agent, mal-

gré l'ordre reçu. Mais les atténuations y sont encore plus nombreuses que dans le droit anglais.

a) Comme en Angleterre, les fonctionnaires « ministerial », obligés d'obéir, échappent à toute responsabilité lorsqu'ils se conforment aux ordres reçus.

b) Comme en Angleterre, l'Etat acquitte pratiquement le montant de la condamnation subie par l'agent.

c) De plus, l'ordre hiérarchique peut être pris en considération, pour diminuer le taux de la peine infligée.

d) Enfin, l'agent qui a cru de bonne foi à la légalité de l'ordre reçu peut être exonéré de toute responsabilité.

Ainsi, le principe anglo-américain de responsabilité totale de l'agent aboutit en fait, par les atténuations qui y sont apportées, à se rapprocher de façon sensible du système allemand, parti cependant d'une conception diamétralement opposée.

On a donc senti, en Angleterre comme aux Etats-Unis, la nécessité de soustraire les agents au fardeau d'une responsabilité écrasante, sous peine de menacer la cohésion de l'action administrative, et de paralyser l'activité des fonctionnaires.

Mais si le droit anglo-américain semble se rapprocher en fait de la législation allemande, il ne faut pas oublier cependant que l'un et l'autre partent d'un principe totalement différent. Le fonctionnaire anglais ou américain sait qu'il sera toujours responsable de ses actes illégaux, même s'il est couvert par un ordre; il sait aussi qu'il peut être indemnisé

par l'Etat, mais ce n'est pas une certitude absolue. Par conséquent à notre avis, l'agent sera beaucoup plus enclin à respecter la loi qu'il ne le serait dans le système allemand, où l'action administrative prime tout.

Nous venons d'étudier deux systèmes opposés, et nous avons montré qu'ils se rapprochaient dans la pratique. Il nous reste maintenant à étudier un système intermédiaire, le système français.

3^e système (France).

Appréciation de fait de la responsabilité par la juridiction saisie (système transactionnel).

Il n'y a pas en France de système aussi absolu que ceux pratiqués en Allemagne d'une part, aux Etats-Unis ou en Grande-Bretagne de l'autre. Le principe individualiste de la souveraineté de la loi a certes été affirmé par la Révolution, mais il a dû se concilier en fait avec l'existence d'une administration centralisée et hiérarchisée.

Le système de la garantie administrative (article 75 de la Constitution de l'An VIII), conséquence de la centralisation absolue, avait pour effet de soustraire à toutes poursuites les fonctionnaires obéissants, car en fait le Conseil d'Etat refusait toujours l'autorisation de les poursuivre.

L'article 75, vigoureusement combattu par les libéraux et les républicains sous le règne de Napoléon III,

a été abrogé par le décret de 1870. Quel est donc le système actuellement suivi ?

Il n'y a pas, en France, de texte précis permettant de fixer cette responsabilité. Il n'y a pas chez nous, comme en Allemagne, de statut général de la fonction publique. Contrairement aux habitudes de notre droit, le système adopté n'est que le résultat d'une pure construction jurisprudentielle. Il est donc inspiré surtout par les soucis de la pratique, et il n'est pas immuable.

Deux questions différentes se trouvent d'ailleurs intimement mêlées ; question de compétence d'abord : le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires s'oppose à ce que les juges des tribunaux civils puissent apprécier les actes administratifs autres que les règlements. Or, pour apprécier la culpabilité d'un fonctionnaire qui a commis un acte illégal sur l'ordre de son supérieur, le tribunal saisi sera bien obligé d'apprécier l'ordre, puisque celui-ci est la source de la responsabilité du fonctionnaire. Mais cette appréciation de l'ordre lui est justement interdite par le principe que nous venons de citer.

Les tribunaux de l'ordre judiciaire, saisis d'une affaire de ce genre, se sont très souvent déclarés incompétents, par application du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires.

En effet, ces tribunaux se sont toujours montrés extrêmement soucieux de respecter le principe, et de ne pas s'immiscer dans le domaine de l'activité administrative.

Il peut arriver néanmoins qu'un tribunal de l'ordre judiciaire, saisi d'une affaire de ce genre, suive la procédure comme s'il était compétent. Alors intervient la procédure du conflit; l'agent du gouvernement, le préfet, ne manque pas d'élever le conflit, pour protéger le fonctionnaire obéissant. Et au point de vue de la compétence, le Tribunal des Conflits refusera le plus souvent aux tribunaux judiciaires le droit d'apprécier l'ordre du supérieur hiérarchique, puisque le principe de la séparation des autorités s'oppose formellement à l'appréciation d'un acte administratif par les tribunaux de droit commun.

La seconde question est une question de responsabilité. Faisant état de la distinction traditionnelle entre la faute personnelle et la faute de service, le Tribunal des Conflits décide souvent que la faute du fonctionnaire obéissant n'est pas une faute personnelle, mais une faute de service. Par conséquent, pas de responsabilité civile du fonctionnaire incriminé, mais responsabilité de la collectivité administrative à raison du fonctionnement de ses services.

En effet, qu'est-ce que la faute personnelle ? c'est la faute qui, dans le fonctionnaire, fait apparaître l'homme avec sa personnalité : ses erreurs, ses passions, ses faiblesses, selon la célèbre définition de Laferrière.

L'exercice d'une fonction publique ne peut pas conférer un privilège d'impunité totale au fonctionnaire. Ce serait un scandale et une iniquité. Mais dans l'exercice de sa fonction, l'agent n'agit pas per-

sonnellement. Il agit pour le compte de la collectivité administrative dont il dépend. Et il n'est alors qu'un simple organe; organe imparfait, certes, mais dont les faiblesses sont prévues dans une certaine mesure, et sont comptées dans le fonctionnement normal du service. Mais dans certains cas, même au cours de l'exercice de sa fonction, le fonctionnaire n'agit plus comme le simple organe qu'il devrait être, sa personnalité reparaît et passe au premier plan. L'acte fautif qu'il commet alors est aisément détachable de la fonction, car il n'en est plus une conséquence normale. Le fonctionnaire redevient un homme ordinaire; et il retombe sous le coup d'une responsabilité personnelle.

La frontière à établir entre ces deux responsabilités est assez délicate, puisque dans certains cas il a fallu admettre le cumul de la responsabilité du fonctionnaire et de la responsabilité du service public.

Mais en ce qui nous concerne, toute la question est de savoir si l'ordre du supérieur peut avoir pour effet de transformer la faute personnelle en faute de service, et par conséquent d'exonérer de toute responsabilité le fonctionnaire obéissant qui a exécuté cet ordre.

Dans le fait même d'obéir à l'ordre reçu, le fonctionnaire reste bien dans la ligne de sa fonction. Sa personnalité n'apparaît pas dans l'acte, même si celui-ci est illégal, puisqu'il n'a été que l'instrument par le moyen duquel s'est exécutée la volonté du supérieur. Mais elle apparaîtra cependant si le fonc-

tionnaire connaissait l'illégalité de l'ordre reçu, ou si l'illégalité de cet ordre était si flagrante, qu'il était impossible de ne pas s'en rendre compte. On pourra dire alors que le fonctionnaire a véritablement prêté son concours à un acte illégal, il deviendra en somme le complice de son supérieur.

Pour M. Duguit, la loi est toute-puissante, et le fonctionnaire qui a obéi à un ordre illégal de son supérieur sera *toujours* responsable.

En effet, nous dit M. Duguit : « La question se ramène tout simplement à celle-ci. Un fonctionnaire peut-il être parfois placé dans cette situation qu'il soit légalement obligé de faire une chose contraire à la loi ? Or, à la question ainsi posée, une réponse négative s'impose sûrement » ¹.

Selon M. Duguit, il serait seulement possible de distinguer le cas où l'acte présente un caractère juridique, du cas où il présente simplement le caractère d'une opération matérielle.

Si l'acte est de caractère juridique, il sort de la compétence du fonctionnaire, puisqu'il est illégal. Or, le fonctionnaire doit précisément respecter la loi de sa compétence. De plus, le supérieur hiérarchique n'est pas compétent pour inviter l'inférieur à faire un acte illégal; et l'inférieur ne peut jamais être obligé à faire un acte illégal. Dès lors, il est responsable, s'il le fait.

Si l'acte ordonné n'est qu'une simple opération matérielle, il n'est pas question bien entendu de vio-

(1) DUGUIT : L'Etat, tome II : les gouvernants et les agents, pages 625 et suivantes.

lation de la loi de compétence, mais il faut encore que l'opération ordonnée soit conforme au but de la fonction, sans quoi l'agent sera de nouveau responsable. L'appréciation de cette conformité de l'opération matérielle au but de la fonction sera laissée aux tribunaux.

La thèse de M. Duguit est conforme à l'esprit du droit anglo-saxon. Mais nous avons vu que même en Angleterre et aux Etats-Unis, le principe de suprématie de la loi avait subi de sérieuses atténuations. Dans un pays centraliste comme la France, il conduirait à un affaiblissement certain de la hiérarchie et du devoir d'obéissance.

M. Nézard, comme M. Duguit, est partisan du principe de la suprématie de la loi. Le fonctionnaire ne peut rien faire de contraire à la loi, car son pouvoir n'existe plus dès qu'il sort de la loi de sa compétence, et cela même sur l'ordre de son supérieur, car celui-ci ne peut pas lui déléguer un pouvoir qu'il n'a pas.

Mais cette solution n'est exacte, nous dit M. Nézard, que pour les fonctionnaires qui sont les organes de la souveraineté, c'est-à-dire les fonctionnaires d'autorité.

« La question de savoir si la faute commise sur l'ordre du supérieur hiérarchique est une faute personnelle ou une faute de service dépend donc de la distinction entre fonctionnaires d'autorité et fonctionnaires de gestion » ¹.

(1)NÉZARD : Théorie juridique de la fonction publique. Thèse, Paris, 1901, p. 725 et suivantes.

Les fonctionnaires d'autorité seront responsables personnellement en dépit de l'ordre reçu. Pourquoi ? Parce que la faute leur est propre; elle est commise dans le choix des moyens d'exécution, pour lesquels ils jouissent d'une liberté de fait considérable. Parce que c'est aussi pour ces fonctionnaires que l'obéissance passive serait dangereuse.

Les fonctionnaires de gestion ne seront pas responsables personnellement. L'acte illégal qu'ils commettront sur l'ordre d'un supérieur sera considéré seulement comme une faute de service. Pourquoi ?

Parce qu'ils ne sont pas des organes de la puissance publique. Parce que leur initiative est généralement très limitée. Parce qu'ils sont dans un état de subordination assez grande, et qu'ils agissent le plus souvent sur l'ordre d'un fonctionnaire d'autorité.

Nous venons ainsi d'exposer à grands traits le système généralement admis par la jurisprudence, et de donner un rapide aperçu des principales thèses dissidentes. Passons maintenant à l'examen objectif et approfondi de notre question.

Il nous faut distinguer plusieurs hypothèses différentes :

1°) L'ordre donné par le supérieur est un ordre légal, régulier. Il est accompli strictement par le fonctionnaire. Dans ce cas, celui-ci ne peut en aucun cas être responsable, quand bien même l'acte accompli porterait préjudice à quelqu'un. En effet, l'ordre est régulier, l'acte accompli est aussi régulier; ce n'est donc pas le fonctionnaire qui agit, c'est le

service lui-même, par l'intermédiaire du fonctionnaire qui n'est qu'un organe. S'il y a lieu à réparation, seule l'administration pourra être actionnée. Et la puissance du lien de subordination hiérarchique est telle, que l'irresponsabilité du fonctionnaire obéissant s'étend même à des cas où cette obéissance a entraîné des conséquences sérieuses pour la personne lésée.

Ainsi, des militaires chargés par leur supérieur hiérarchique d'interdire l'accès d'un champ de tir ne sont pas responsables des coups et blessures faits par eux à un vigneron qu'ils avaient reçu l'ordre d'expulser¹.

D'ailleurs, comme nous l'avons dit plus haut, sur cette question de responsabilité vient se greffer une question de compétence. Le tribunal des Conflits refuse le plus souvent de reconnaître la faute personnelle du fonctionnaire obéissant en raison même des ordres donnés, qui échappent à la compétence judiciaire.

Ainsi, un maire agissant comme agent du pouvoir central, dans le cercle de ses attributions administratives et dans la limite des instructions par lui reçues, refuse de délivrer à un de ses administrés un certificat exigé par un arrêté préfectoral, et nécessaire pour faire conduire ses bestiaux au marché, en temps d'épizootie. Ce refus constitue un acte de la fonction; il échappe donc à la compétence des tribunaux civils².

(1) Tribunal des Conflits : 8 décembre 1894. Arrêt Gressler.

(2) Tribunal des Conflits : 2 mars 1901.

2°) L'ordre du supérieur est régulier, mais le fonctionnaire a dépassé l'ordre en l'exécutant.

Dans ce cas, il y a sûrement faute personnelle, puisque le fonctionnaire ne s'en est pas tenu à l'ordre reçu, puisqu'il a fait plus que ce qu'il devait faire comme simple agent d'exécution. S'il y a dommage, sa responsabilité sera engagée, en dépit de l'ordre hiérarchique.

C'est le cas de l'agent d'une poudrerie, chargé par le directeur de celle-ci de répandre un poison contre les chiens errants dans les cours de l'établissement, et qui, attirant un chien, lui jette directement le produit empoisonné ¹.

C'est encore le cas, tout à fait typique, du caïd Algérien, chargé du recouvrement de l'impôt, et qui se livre à des exactions de toutes sortes, qui dévaste les cultures, qui détruit les maisons ².

Mais dans les deux exemples que nous venons de citer, le dépassement d'ordre constitue une faute lourde de la part du fonctionnaire qui l'a commis. Dans d'autres cas où le fait personnel est moins évident, la puissance du lien de subordination hiérarchique reprend le dessus. La jurisprudence n'admet pas, pour les tribunaux de l'ordre judiciaire, le droit d'apprécier si l'agent a ou n'a pas dépassé l'ordre.

Le directeur du contrôle financier d'une colonie, chargé d'une enquête par le gouverneur général, auquel il adresse un rapport, accomplit des actes de

(1) Tribunal des Conflits : 13 décembre 1879. arrêt Réquillé.

(2) Tribunal des Conflits : 11 juillet 1891. arrêt Mohamed ben Belkassem.

sa fonction. La manière dont il a rempli cette fonction échappe au contrôle de l'autorité judiciaire. Et celle-ci est incompétente pour apprécier si le commissaire-enquêteur s'est conformé aux instructions reçues, et s'il a excédé les limites de la mission que lui avait confiée le gouverneur, étant donné qu'il n'est pas évident que les faits reprochés aient le caractère de fautes personnelles ¹.

Une Cour d'Appel excède les limites de la compétence judiciaire lorsque, saisie d'une action en dommages-intérêts intentée par un malade civil contre un pharmacien mobilisé dans un hôpital militaire, à raison de prétendues lésions consécutives à une radiographie, elle rejette l'exception d'incompétence tirée d'un service commandé, par le motif que le pharmacien, n'étant pas tenu de prêter son concours à un malade civil et ne justifiant pas avoir reçu de ses chefs hiérarchiques un ordre précis et formel, aurait agi en dehors de l'exercice de sa fonction.

L'arrêt ajoute : « il n'appartient qu'à l'autorité administrative de rechercher jusqu'à quel point les agents se sont écartés des instructions données » ².

3°) L'ordre du supérieur étant régulier, le fonctionnaire refuse d'obéir. Il y a là une question de discipline que nous traiterons plus tard. Mais quid des conséquences dommageables pour les tiers de ce refus d'obéissance ? Autrement dit le refus d'obéir à l'ordre régulier de son supérieur peut-il entraîner

(1) Tribunal des Conflits : 7 décembre 1918.

(2) *Cassation Civile* : 25 juin 1923.

non seulement des sanctions disciplinaires contre le fonctionnaire, mais aussi sa responsabilité personnelle à l'égard des tiers lésés par son refus ? Il semble bien que l'on doive admettre la faute personnelle, car l'agent qui refuse d'obéir sort manifestement de la ligne de sa fonction.

4°) L'ordre du supérieur est illégal. Le fonctionnaire est-il tenu d'obéir ? C'est l'affirmation de la puissance de la hiérarchie. Doit-il refuser d'obéir ? C'est la doctrine de la suprématie de la loi.

Nous avons dit que depuis la disparition de la garantie administrative en 1870, la jurisprudence voit souvent dans l'ordre du supérieur hiérarchique un fait de nature à faire de la faute du fonctionnaire une faute de service.

Cela est admis d'abord par les tribunaux de l'ordre judiciaire, qui refusent généralement aussi de condamner le fonctionnaire obéissant, pour ce motif qu'ils sont incompétents pour apprécier l'ordre hiérarchique, et la conformité de la conduite du fonctionnaire avec l'ordre reçu.

Un percepteur a fourni à son supérieur hiérarchique : le préfet, des renseignements confidentiels sur un commis qu'il avait congédié, et qui est actuellement candidat à un concours. Le fait de donner ces renseignements est un acte de la fonction, qui ne peut donner lieu à une action en responsabilité devant l'autorité judiciaire que si, en donnant ces renseignements, le fonctionnaire a commis un acte personnel, constituant un fait délictueux ou une faute lourde assimilable au dol. Et l'on ne saurait

considérer comme une faute lourde le fait du fonctionnaire d'avoir fait connaître à son supérieur les motifs qui l'ont déterminé à congédier le commis¹.

Les tribunaux administratifs, reflets fidèles de la conception administrative, ont bien entendu posé en principe l'obéissance des subordonnés.

Pour eux, chaque fois qu'un fonctionnaire aura obéi aux ordres donnés, il y aura seulement faute de service, si l'ordre est illégal.

Enfin, au-dessus de la jurisprudence judiciaire et de la jurisprudence administrative, le tribunal des Conflits admet lui aussi l'influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité de l'agent.

Gardien du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, le Tribunal des conflits ne peut pas laisser l'autorité judiciaire libre d'apprécier l'ordre, qui est un acte administratif; aussi lui refuse-t-il souvent toute compétence.

Mais de plus, le Tribunal des Conflits voit dans l'ordre hiérarchique un fait essentiel de nature à enlever tout caractère de faute personnelle à l'acte du fonctionnaire obéissant.

Un lieutenant de port interdit, conformément aux ordres du ministre de la marine, à des marins de procéder à des opérations de lamanage dans un port. Il agit dans le cercle de ses fonctions; sa responsabilité ne peut pas être engagée, s'il n'a fait qu'exécuter les ordres du ministre.

Si les marins croient que cette interdiction n'était pas légalement justifiée, ce n'est pas au moyen d'une

(1) AGEN : 24 mars 1903.

action contre le lieutenant de port, action portée devant les tribunaux judiciaires, qu'ils peuvent faire valoir leur prétention¹.

Cela veut-il dire que, chaque fois qu'il y aura un ordre hiérarchique, même illégal, la responsabilité personnelle du fonctionnaire sera dégagée ? Non pas, la règle n'est pas absolue. Certes, le plus souvent, l'ordre aura pour effet de supprimer la responsabilité de celui qui l'aura exécuté. Car en fait, il est bien difficile qu'une présomption de légalité ne s'attache pas toujours, dans l'esprit du subordonné, aux ordres qu'il reçoit de son supérieur.

Cependant, il peut arriver que le subordonné connaisse en fait l'irrégularité de l'ordre. Dans ce cas, s'il l'exécute, il sera complice de son supérieur, et responsable personnellement.

Il peut arriver aussi que l'illégalité de l'ordre soit tellement flagrante, que ne pas la voir équivaudra à une faute lourde, entraînant la réapparition de la faute personnelle.

Il y aura donc lieu, pour le Tribunal, d'apprécier le fait dans chaque cas.

Il faudra apprécier le degré d'illégalité de l'ordre donné, et son caractère plus ou moins obligatoire.

Mais il faudra aussi faire l'examen de la situation de l'agent par rapport à l'ordre donné.

Il faudra envisager son degré d'instruction. Il faudra aussi mesurer l'indépendance dont il jouit par rapport à son supérieur. Et s'il est en fait dans un état de subordination très étroite par rapport à celui-

(1) *Tribunal des Conflits* : 11 juin 1904.

ci, il y aura de grandes chances pour qu'il n'encoure aucune responsabilité personnelle. Il faudra enfin tenir compte des moyens de pression indirects dont peut disposer le supérieur et voir notamment si le droit qu'a le subordonné sur sa fonction est solide ou non, et si cette solidité de l'emploi est ou non à la discrétion du supérieur.

La solution de la jurisprudence française ne pose donc pas en fait le principe absolu de l'obéissance passive des subordonnés même à un ordre illégal. Mais elle tend à exonérer le fonctionnaire obéissant de toute responsabilité dans le plus grand nombre de cas possibles, réservant l'admission de la faute personnelle pour les cas où celle-ci est tellement flagrante qu'il est difficile de l'écarter.

A moins que le subordonné ne se soit fait le complice de son supérieur, en exécutant un ordre dont il est avéré qu'il connaissait l'irrégularité, et encore à condition que celle-ci soit assez grave par elle-même; à moins aussi que, eu égard à son instruction et à sa situation personnelle dans la hiérarchie, il n'ait commis une faute lourde en ne découvrant pas l'évidence éclatante du vice d'un ordre manifestement illégal, le fonctionnaire sera toujours en fait couvert par l'ordre reçu, et cela dans l'intérêt de la hiérarchie, dans l'intérêt de l'action administrative.

La règle admise en France est donc celle de l'obéissance hiérarchique, mais raisonnablement tempérée par le bon sens, dans les cas où il est impossible de faire disparaître le caractère personnel de la faute commise par l'agent sur l'ordre de son supérieur.

On remarquera qu'en fait, ce sont surtout les agents d'exécution, soumis à une subordination stricte, pourvus souvent d'une instruction modeste, pour qui s'applique le système de l'obéissance passive. Et en cela, la solution jurisprudentielle tend à se rapprocher des thèses de M. Duguit et de M. Nézard qui, bien que partisans d'une responsabilité personnelle, même en cas d'ordre hiérarchique, font une distinction et admettent le principe d'une certaine irresponsabilité, le premier en faveur de ceux qu'il appelle des agents techniques, le second en faveur des fonctionnaires de gestion. Or, les agents d'exécution ne correspondent-ils pas, dans une certaine mesure aux agents techniques, aux fonctionnaires de gestion ?

La solution de la jurisprudence française n'est pas fixée a priori; elle est souple, adaptée à chaque circonstance. Mais les auteurs ne sont pas d'accord sur le sens à donner à cette souplesse.

Pour M. Joseph-Barthélemy, en son magistral article sur l'influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des agents, pour M. Pierre Cot, qui partage son opinion sur ce point :

« La solution du droit français est non seulement souple, mais aussi, essentiellement évolutive.....
...l'augmentation de la dignité professionnelle des agents doit avoir pour corollaire inévitable un accroissement de leur responsabilité » ¹.

Pour M. Dupeyroux, la suppression de la garantie

(1) JOSEPH-BARTHÉLEMY : Influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité des agents. *Revue de droit public*, 1914.

administrative n'a pas altéré beaucoup le principe de l'irresponsabilité de l'agent obéissant.

« L'évolution est certes dans le sens de la liberté, mais seulement au point de vue du statut et des garanties personnelles; une autre évolution tend à élargir la responsabilité de l'Etat au point de restreindre aux cas de fautes lourdes et graves celle des fonctionnaires » ¹.

(1) HENRI DUPEYROUX : faute personnelle et faute de service. Thèse, Paris, 1922.

TITRE TROISIEME

SANCTIONS DU DEVOIR D'OBEISSANCE

Tout devoir suppose nécessairement des sanctions, pour en faire respecter l'accomplissement. Il en va de même du devoir d'obéissance hiérarchique. Mais quelles seront ces sanctions ?

Au cours de notre précédent chapitre sur les limites du devoir d'obéissance, nous avons marqué la différence essentielle qui sépare le devoir d'obéissance des militaires de celui des fonctionnaires civils.

La subordination des militaires dans la hiérarchie est certainement beaucoup plus stricte que celle des agents civils; et cela tient à la nature des choses; il faut que la force armée soit un outil dans la main des gouvernants; mais pour cela il faut aussi que tous les militaires soient étroitement dépendants de leurs chefs.

A une subordination stricte doivent correspondre nécessairement des sanctions sévères. Aussi les obligations des militaires sont-elles sanctionnées par un droit pénal spécial, jugé par des tribunaux spéciaux, et les atteintes à la discipline et au devoir d'obéissance constituent-elles des délits particuliers.

Le devoir d'obéissance des fonctionnaires, qui pour

être moins strict n'en est pas moins certain, n'est pas sanctionné par un droit pénal spécial. Il fait simplement l'objet de sanctions disciplinaires à l'intérieur de la hiérarchie administrative.

Cependant, au point de vue de la procédure, le pouvoir disciplinaire a tendance à se « juridictionnaliser ». Mais il n'y a là qu'une tendance; et il n'est pas possible de le voir comme un droit pénal spécial aux fonctions publiques.

Il y a donc une différence notable entre le régime des sanctions du devoir d'obéissance des militaires, et le régime des sanctions du devoir d'obéissance des fonctionnaires :

1°) Les atteintes portées par des militaires à la discipline et au devoir d'obéissance sont des délits, relevant d'un droit pénal spécial, et jugés par des tribunaux spéciaux.

Les atteintes portées par les fonctionnaires civils à la discipline et au devoir d'obéissance hiérarchique ne sont pas des délits. Elles ne le deviennent que si elles troublent l'ordre public, tombant ainsi sous le coup de la loi pénale ordinaire. Mais en temps normal, elles ne relèvent pas d'un droit pénal quelconque, et ne sont pas jugées par des tribunaux spéciaux.

2°) Les sanctions appliquées dans l'armée et dans l'administration sont de nature absolument différente.

En matière militaire, les infractions au devoir d'obéissance sont punies le plus souvent de peines

privatives de liberté : emprisonnement, réclusion; ou même, dans les cas graves, de la peine de mort.

En matière administrative, il ne saurait être question de peines aussi rudes; cela tombe sous le sens. De telles sanctions ne pourraient d'ailleurs être prévues que par une loi, et ce n'est pas le cas.

Les sanctions disciplinaires en usage se proposent surtout d'atteindre soit un effet moral : par des moyens tels que le blâme, la réprimande. Soit un effet pécuniaire direct : retenue sur le traitement. Soit encore un effet pécuniaire indirect doublé d'un effet moral par des modifications dans la carrière du fonctionnaire incriminé : rétrogradation, déplacement, etc... Soit enfin l'élimination d'un sujet indésirable : révocation ou mise à la retraite.

Telles sont les principales idées qui dominent cette matière des sanctions; telles sont aussi les différences essentielles que nous avons pu relever entre la discipline des fonctions publiques et la discipline dans l'armée.

Passons maintenant à l'étude directe de la discipline militaire, et de la discipline des fonctions publiques.

CHAPITRE PREMIER.

Sanctions du devoir d'obéissance des militaires.

La discipline militaire doit être très stricte; aussi les manquements les plus graves à cette discipline sont-ils considérés comme des délits.

Le principal de ces délits est le refus d'obéissance, auquel il faut assimiler la révolte.

Certains délits s'apparentent à ceux-ci; ce sont : les outrages et voies de fait envers un supérieur; et même d'une façon plus générale, les outrages à l'armée ou au drapeau. Car le devoir d'obéissance des militaires se double d'un devoir de respect envers le supérieur et envers l'armée prise en corps.

Remarquons d'ailleurs qu'en contre-partie, les violences et outrages commis par les supérieurs, les abus d'autorité de ceux-ci, constituent aussi des délits prévus et punis par le Code Pénal Militaire.

A) Le refus d'obéissance.

Le Code de Justice militaire de 1928 prévoit, dans son article 205, le délit de refus d'obéissance. Mais pour que ce délit existe réellement, il faut que les trois éléments suivants se trouvent réunis :

1°) *Un refus d'obéir opposé par un militaire.*

« Est punissable, dit l'article 205, tout militaire qui refuse d'obéir, et qui, hors le cas de force majeure, n'exécute pas les ordres reçus ».

En dépit du caractère un peu ambigu de ce texte, le refus peut être exprès, le militaire déclarant qu'il refuse d'obéir; ou tacite.

Il y a donc deux cas possibles de refus d'obéissance, et non pas un seul, comme pourrait le laisser croire la rédaction de l'article 205.

Le refus d'obéissance tacite ne peut provenir de la part du militaire que d'une abstention volontaire d'exécuter l'ordre reçu.

En effet, s'il n'exécutait pas l'ordre par le fait d'une simple négligence, il serait passible seulement de sanctions disciplinaires. Enfin, s'il était prouvé qu'il n'a pas pu exécuter l'ordre par raison de force majeure, il est évident qu'on ne pourrait pas retenir le délit contre lui.

Le refus d'obéissance doit émaner d'un militaire; cela est évident, car seuls les militaires peuvent tomber sous le coup des lois pénales militaires.

M. P. Hugueney, dans son traité de droit pénal militaire, cite l'exemple suivant :

Un réserviste refuse de recevoir son fascicule de mobilisation que lui apportent les gendarmes. Frappé d'une peine disciplinaire, il la subit dans les locaux d'un corps de troupes. Pendant sa détention, il comparaît devant un officier et reçoit l'ordre de prendre possession de son fascicule de mobilisa-

tion. Il refuse, et il est condamné par le Tribunal de Paris pour refus d'obéissance.

Mais la Cour de Cassation annule le jugement, pour ce motif que l'inculpé n'étant pas militaire ne pouvait pas tomber sous le coup de l'article 205 du Code Pénal militaire.

2°) *Un ordre d'un supérieur :*

Comment va-t-on déterminer la qualité de supérieur ? Simplement d'après les lois et règlements militaires en vigueur. A égalité de grade, la supériorité appartient au plus ancien. Enfin, celui qui exerce provisoirement les fonctions d'un grade supérieur au sien est subrogé dans toutes les prérogatives du gradé qu'il remplace. Dans tout ceci, pas de difficulté. Mais le droit d'exiger l'obéissance a-t-il la même force à tous les degrés de la hiérarchie militaire ? Ce droit est le même pour tous les gradés, à quelque rang qu'ils appartiennent, c'est-à-dire que la gravité du délit ne varie pas avec l'importance du grade de celui qui a donné l'ordre. La solution inverse, préconisée autrefois, n'a pas prévalu. En effet, la force du lien hiérarchique doit être la même à tous les échelons, et cela d'autant plus que les gradés inférieurs ont pratiquement plus de peine à se faire obéir que les officiers de grade élevé, dont le prestige et l'autorité sont naturellement plus considérables.

3°) *Un ordre relatif au service :*

Il faut encore que l'ordre donné par le supérieur le soit pendant le service, ou à l'occasion du service.

On a longtemps considéré que l'ordre donné à un

militaire de se rendre à la salle de police pour y purger une peine disciplinaire n'était pas un ordre de service. Mais depuis, la jurisprudence est revenue sur ce point; l'ordre d'aller à la salle de police constitue bien un ordre de service, et le refus de s'y conformer est considéré comme délit de refus d'obéissance.

Sanctions du refus d'obéissance.

En temps normal, le refus d'obéissance est puni d'un emprisonnement de un à deux ans.

Mais il peut y avoir des circonstances aggravantes :

a) si le militaire délinquant avait reçu l'ordre de marcher contre l'ennemi, ou d'accomplir un service quelconque en présence de l'ennemi, la peine sera la mort, avec dégradation militaire.

b) En présence de rebelles, le refus d'obéissance est puni seulement de la détention.

Enfin, pour les officiers et sous-officiers de carrière, le délit de refus d'obéissance entraîne une peine accessoire : la destitution; à moins que celle-ci ne résulte de la dégradation militaire prononcée avec la peine principale.

B) La révolte.

L'article 204 du Code de Justice militaire de 1928 prévoit un autre délit contre la discipline et le devoir d'obéissance : la révolte.

Le délit de refus d'obéissance est le fait d'un mili-

taire isolé. La révolte, au contraire, est un acte concerté entre plusieurs militaires. Au point de vue de la discipline et de l'obéissance, la révolte est donc plus grave que le refus d'obéissance, puisqu'elle implique une contagion, une entente entre plusieurs militaires en vue de désobéir aux ordres de leurs chefs.

Trois cas de révolte sont prévus :

1^o) Des militaires sous les armes, réunis au nombre de quatre au moins et agissant de concert refusent à la première sommation d'obéir aux ordres de leurs chefs.

2^o) Des militaires, au nombre de quatre au moins, et dans les mêmes conditions, prennent les armes sans autorisation et agissent contre les ordres de leurs chefs.

3^o) Des militaires réunis au nombre de huit au moins et dans les mêmes conditions, se livrent à des violences en faisant usage de leurs armes et refusent à la voix de leurs supérieurs de se disperser et de rentrer dans l'ordre.

Si l'on examine ces trois cas de révolte, on constate qu'ils présentent un élément commun : il faut toujours, pour qu'il y ait révolte, la réunion de plusieurs militaires, quatre au moins dans les deux premiers cas, huit au moins dans le troisième.

Outre cet élément commun, il faut aussi, dans chaque cas, la réunion de trois autres conditions.

Dans le premier cas, il faut que les militaires soient sous les armes, qu'ils agissent de concert,

qu'ils refusent à la première sommation d'obéir aux ordres de leurs chefs.

Dans le second cas, il faut qu'ils prennent les armes, et cela sans autorisation, qu'ils agissent contre les ordres de leurs chefs.

Dans le troisième cas, le plus grave de tous, il faut qu'ils prennent les armes, qu'ils se livrent à des violences, et qu'ils refusent de rentrer dans l'ordre sur les injonctions de leurs supérieurs.

Sanctions du délit.

Dans le Code de Justice militaire de 1857, les peines applicables à la révolte étaient très rigoureuses : c'étaient la mort, ou les travaux publics. Cette rigueur a été considérablement atténuée par le nouveau Code de 1928, et la peine est ramenée généralement à un simple emprisonnement.

Emprisonnement d'une durée de deux à cinq ans dans le premier cas; de trois à cinq ans dans le second cas; et enfin de cinq à dix ans dans le troisième cas.

La peine peut subir, suivant les circonstances, deux sortes d'aggravation :

a) Aggravation personnelle.

La loi frappe plus sévèrement les instigateurs du délit; c'est-à-dire ceux qui ont pris l'initiative du mouvement et qui ont entraîné les autres. Dans ce cas, la peine applicable est celle des travaux forcés : cinq à vingt ans dans le premier cas de révolte; vingt ans dans les deux autres.

Le tribunal détermine en fait quels sont les instigateurs.

Enfin, toujours dans le but de sauvegarder la discipline et la hiérarchie, la loi frappe aussi de façon plus sévère les militaires les plus élevés en grade. Ils sont assimilés aux instigateurs, et punis comme eux des travaux forcés à temps, et pour la même durée. Mais de plus, s'ils sont officiers ou sous-officiers de carrière, ils encourent la destitution, à moins que la peine prononcée n'emporte la dégradation militaire.

b) *Aggravation réelle.*

L'idée, toujours la même, est que les liens de la hiérarchie et de la discipline doivent être encore ~~plus~~ stricts lorsque la force armée est en action, c'est-à-dire en cas de guerre ou de troubles intérieurs.

1) Sur un territoire en état de guerre ou de siège, la révolte sera toujours punie du maximum d'emprisonnement prévu pour chaque cas.

2) Dans l'hypothèse du troisième cas de révolte, si le délit est perpétré en présence de l'ennemi, la peine sera la mort avec dégradation militaire, si les délinquants étaient commandés pour marcher contre l'ennemi, ou pour exécuter tout autre service. Dans les autres cas, la peine sera la détention.

CHAPITRE DEUXIÈME.

Sanctions du devoir d'obéissance en matière administrative.

Les actes portant atteinte à la discipline et au devoir d'obéissance en matière militaire sont donc érigés en véritables délits, et punis généralement de façon rigoureuse, surtout dans les cas où la force armée est en action. En matière administrative, avons-nous dit, rien de semblable. La répression des manquements au devoir d'obéissance par les fonctionnaires civils ne pose pas une question de droit pénal, mais seulement une question de discipline intérieure de la hiérarchie administrative.

Nous ne pouvons pas songer à donner ici une étude complète et approfondie de la discipline des fonctions publiques; ce serait sortir par trop du cadre de notre sujet. Mais nous tâcherons de présenter d'une façon simple mais complète les traits essentiels du pouvoir disciplinaire, la procédure selon laquelle il s'exerce, et les principales sanctions qu'il met en jeu.

La discipline des fonctions publiques.

Le pouvoir disciplinaire est le complément indis-

pensable d'une organisation hiérarchisée. Les grandes entreprises privées qui sont organisées sous cette forme connaissent, dans leurs règlements d'atelier, un système de pénalités auxquelles acceptent de se soumettre ceux qui entrent au service de ces entreprises; et qui ont pour but d'assurer et de maintenir la bonne marche de l'affaire. Il en va de même pour les services de l'Etat. Pour maintenir la cohésion indispensable au bon fonctionnement des services publics, pour maintenir chacun dans les limites de la compétence qui lui est assignée, il faut donner aux chefs non seulement un pouvoir de commandement, mais aussi le droit d'user, si besoin est, de sanctions contre les subalternes défaillants ou récalcitrants.

Le pouvoir disciplinaire des chefs peut donc se diviser en deux parties :

1) le droit pour les chefs d'établir des instructions ou ordres de service, destinés à fixer pour les subordonnés la ligne générale de leur activité.

2) le droit d'user de sanctions disciplinaires contre les fonctionnaires maladroits ou désobéissants.

Sans compter que, au cas de désobéissance ou de maladresse, le pouvoir hiérarchique donne aussi aux chefs le droit de réformer, de refaire l'acte qui a été mal fait par le subordonné.

Comment le pouvoir disciplinaire est-il organisé dans l'administration française ? Disons tout de suite nettement qu'il n'y a pas de règle générale sur ce point, puisqu'il n'y a pas en France de Statut général de la fonction publique.

Les principales revendications des fonctionnaires, au début du mouvement syndical, avaient précisé-
ment pour but, nous le verrons, d'obtenir la rédac-
tion d'un statut, fixant principalement les conditions
d'exercice du pouvoir disciplinaire, trop souvent
laissé à l'arbitraire des chefs.

Les chefs tiennent donc le pouvoir disciplinaire
qu'ils peuvent exercer du pouvoir hiérarchique dont
ils sont investis. Il en résulte :

1) que le pouvoir disciplinaire ne peut s'exercer
que dans l'intérêt du service, et à l'occasion du ser-
vice. Cependant, dans certains cas tout à fait excep-
tionnels, le pouvoir disciplinaire peut frapper cer-
tains fonctionnaires pour des actes de leur vie pri-
vée, en raison de l'influence directe que ces actes
peuvent exercer sur la dignité ou l'autorité de
l'agent, lorsque cette dignité ou cette autorité cons-
tituent un des traits essentiels de la fonction qu'il
exerce.

Ainsi, pour les instituteurs publics, l'inconduite ou
l'immoralité dans la vie privée sont certainement sus-
ceptibles de donner lieu à des peines disciplinaires.

2) le pouvoir disciplinaire cesse de s'exercer lors-
que le fonctionnaire est sorti du service; c'est pour-
quoi la révocation est la peine la plus grave qui
puisse être prononcée; elle épuise le pouvoir disci-
plinaire.

A) Les peines disciplinaires.

Les peines disciplinaires frappant les fonctionnaires civils n'ont jamais le caractère de peines corporelles, comme celles qui frappent les délits commis contre la discipline militaire. Il faut remarquer d'ailleurs qu'à côté des délits prévus par le Code de Justice militaire, il y a aussi dans l'armée des sanctions disciplinaires qui, exceptionnellement, ont le caractère de peines corporelles (ainsi la salle de police).

Les peines disciplinaires en matière administratives n'ont jamais ce caractère. Elles visent à atteindre le fonctionnaire coupable à différents points de vue, selon leur importance respective.

1) *Peines visant surtout à un effet moral.*

Ce sont des peines légères, qui constituent un avertissement pour le fonctionnaire coupable de désobéissance, de maladresse ou de négligence. Elles sont généralement laissées à la discrétion des chefs; elles sont aussi le prélude normal à d'autres peines plus graves, qui seront infligées en cas de récidive.

Ces peines sont : la réprimande, le blâme, la censure, l'avertissement. Elles peuvent comporter ou non l'inscription au dossier, ce qui en augmente ou en atténue encore la portée.

2) *Peines visant à un effet pécuniaire direct.*

Ces peines sont : la retenue sur le traitement, ou même la suppression provisoire du traitement lui-même.

3) *Peines visant à un effet pécuniaire indirect, doublé d'un effet sur la carrière de l'agent.*

Ces peines sont : le retard dans l'avancement, la rétrogradation, la suspension, le déplacement.

Elles produisent un triple effet : d'abord un effet moral, car le fonctionnaire frappé d'une peine de ce genre voit modifier ou amoindrir sa situation personnelle par rapport à celle de ses collègues; d'autre part, ces mesures contiennent dans leur essence même un certain élément de publicité, qui vient encore renforcer la portée de l'effet moral qu'elles produisent.

Ces mesures ont pour second effet de modifier plus ou moins profondément la carrière de l'agent.

Enfin, troisième effet, elles atteignent indirectement l'agent dans ses avantages pécuniaires : le retard dans l'avancement prive le fonctionnaire du traitement qu'il aurait dû recevoir normalement. La rétrogradation emporte une diminution du traitement. La suspension entraîne la suppression provisoire de tout traitement. En ce qui concerne le déplacement, le cas est un peu différent : le déplacement peut entraîner la perte de certains avantages pécuniaires ou la diminution du traitement, et dans cette hypothèse il se rapproche de la rétrogradation; mais il a encore un effet particulier : il prive le fonctionnaire de certains avantages non-pécuniaires, tels que des avantages de commodité, bref de tous les avantages personnels qu'il pouvait retirer du lieu même où il exerçait sa fonction avant d'être déplacé.

4) *Peines visant à éliminer du service le fonctionnaire coupable.*

Ce sont là les mesures les plus graves qui puissent être prises. Aussi doivent-elles être entourées de toutes les formes prescrites.

Ces peines sont : a) *la révocation.*

La révocation doit être décidée par l'autorité qui nomme. Il y a là une application du principe de la correspondance des formes. Mais en raison même de son caractère de gravité, la révocation doit être franche. Une révocation déguisée ne serait pas admise. Ainsi, il ne serait pas possible de supprimer un emploi, pour le rétablir aussitôt au profit d'une autre personne.

Le Conseil d'Etat, dans l'arrêt Régnier, pose en principe que toute peine frappant un fonctionnaire doit le laisser néanmoins dans une situation régulière par rapport au statut de la fonction qu'il exerce.

D'ailleurs, une révocation injustifiée ouvre toujours un recours en dommages-intérêts.

(Conseil d'Etat, 15 février 1907 — arrêt Lacourte).

b) *la mise à la retraite* peut constituer dans certains cas une peine disciplinaire. Mais pour les mêmes raisons qui lui font refuser d'admettre les révocations déguisées, la jurisprudence ne se montre pas très favorable à l'extension du rôle pénal de la mise à la retraite.

B) Autorité compétente et procédure en matière disciplinaire.

Il n'y a pas à cet égard de règle fixe. L'autorité compétente est déterminée par le statut de chaque fonction. Cette autorité est généralement le chef de service; mais à ce principe, il y a de nombreuses exceptions.

Nous avons vu d'abord, qu'en règle générale, l'autorité compétente pour révoquer ne peut être que celle qui est compétente pour nommer, et qu'elle doit suivre les mêmes formes. Par voie de conséquence, la mise à la retraite ne peut être ordonnée que par l'autorité compétente pour révoquer.

Enfin, dans certains cas, le pouvoir disciplinaire est confié à un conseil de discipline dont les décisions ont force obligatoire.

Lorsqu'elle n'est liée par aucun texte précis, l'autorité compétente jouit d'un pouvoir discrétionnaire. C'est là une des raisons qui font que le pouvoir disciplinaire n'est pas un droit pénal spécial : en effet, les sanctions pénales doivent faire l'objet d'un texte précis, qui définisse en même temps l'infraction et la peine : « nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege ». Au contraire, le pouvoir disciplinaire peut agir sans texte, pour simple opportunité, dans l'utilité du service public.

L'évolution du pouvoir disciplinaire, sous la pression des groupements de fonctionnaires, a eu surtout pour but de faire créer des conseils de discipline, à côté de l'autorité qui décide. Les conseils

de discipline existent maintenant dans presque toutes les administrations. Mais leur compétence, leur rôle et leur composition varient d'une administration à l'autre; aussi est-il impossible de formuler des règles générales à leur égard.

Les conseils de discipline ne sont le plus souvent réunis que dans les cas les plus graves. C'est-à-dire lorsque la peine encourue par le fonctionnaire est la révocation, ou bien encore l'une des sanctions qui peuvent modifier profondément le cours de sa carrière.

Les conseils de discipline ne sont pas composés seulement de hauts fonctionnaires. Ils contiennent aussi, généralement, des agents choisis par le personnel; de sorte que le fonctionnaire coupable sera jugé par des agents de grade égal au sien; c'est une application de l'idée du jugement par les pairs.

La procédure disciplinaire.

Les peines visant à un effet moral sont le plus souvent infligées par le chef de service d'une façon absolument discrétionnaire. D'ailleurs, le pouvoir d'infliger ces peines n'appartient pas seulement au chef de service, mais souvent aussi à des autorités subordonnées.

Il faut constater au contraire que, plus on s'élève dans l'échelle des peines, plus la procédure et les formes se précisent, et cela pour répondre à un besoin de garantie, pour protéger les agents contre l'arbitraire des chefs.

Une seule règle est générale en matière de procédure disciplinaire : c'est la règle établie par l'article 65 de la loi de 1905, d'après laquelle tout fonctionnaire menacé d'une sanction a droit à la communication préalable de son dossier, afin de prendre connaissance des faits qui lui sont reprochés et des appréciations de ses supérieurs à son égard. Ce texte est d'application générale. L'agent incriminé doit, avant toute sanction, être mis en demeure de prendre connaissance de son dossier, au cas où il négligerait de le faire.

Nous avons dit que dans les cas graves, il était nécessaire de convoquer le conseil de discipline.

La procédure devant les conseils de discipline est contradictoire. La liberté de la défense est assurée à l'accusé.

En règle générale, les décisions des Conseils de discipline ne sont pas obligatoires. Elles ont seulement la valeur d'un avis, qui peut lier plus ou moins, selon les cas, l'autorité qui prend la décision définitive.

Tantôt elle ne pourra pas prononcer sans avoir pris l'avis du conseil de discipline, tantôt elle ne pourra pas prononcer contre l'avis du conseil.

Mais l'autorité administrative ne peut pas prononcer de peine plus élevée que celle proposée par le conseil de discipline, qui fixe ainsi le « plafond » de la peine. Il y a déjà dans cette disposition une garantie sérieuse pour les fonctionnaires.

Enfin, certains conseils de discipline constituent aujourd'hui de véritables juridictions, dont les déci-

sions sont obligatoires (Conseil supérieur de l'instruction publique, Conseil Académique, Conseil départemental de l'enseignement primaire). Il existe même, entre certains de ces conseils, un véritable système d'appel (ainsi, on peut faire appel des décisions du Conseil départemental de l'enseignement primaire devant le Conseil Supérieur de l'instruction publique).

Il est possible de se pourvoir en cassation contre les décisions définitives de ces conseils. Le pourvoi en cassation doit être porté devant le Conseil d'Etat, tribunal administratif suprême.

Les règlements ont tendance à prescrire de plus en plus quelles peines disciplinaires pourront être infligées dans tel ou tel cas. Chaque fois que ces prescriptions ne sont pas respectées par le chef hiérarchique statuant en vertu de son pouvoir disciplinaire, le fonctionnaire intéressé peut demander l'annulation de la sanction prise contre lui, par la voie du recours pour excès de pouvoir porté devant le Conseil d'Etat.

Enfin, l'application des sanctions disciplinaires n'exclut pas l'action civile en responsabilité qui peut être intentée par la partie lésée par la faute personnelle du fonctionnaire qui a désobéi aux ordres reçus, ou qui les a mal exécutés.

Lorsque nous avons étudié la nature et la portée du devoir d'obéissance, nous avons vu que le juge n'est pas hiérarchisé par rapport à ses devoirs.

Si le juge se refuse à accomplir son devoir, s'il commet un déni de justice, va-t-il rester impuni,

puisqu'en principe il n'a d'injonctions à recevoir de personne, au sujet de sa manière de juger ?

En raison même de l'absence de tout devoir d'obéissance pour les juges, la loi pénale prévoit et punit le déni de justice. L'article 185 du Code pénal punit ce délit d'une amende de deux cent à cinq cent francs, ainsi que d'une interdiction de l'exercice des fonctions publiques pouvant aller depuis cinq ans jusqu'à vingt ans.

Le principe de l'inamovibilité des juges, qui a pour but, nous l'avons vu, de soustraire ceux-ci à l'influence et à l'arbitraire gouvernemental, donne à ceux-ci des garanties spéciales en matière disciplinaire.

Un juge ne peut être suspendu ou destitué que par décision de la Cour de Cassation toutes Chambres réunies, siégeant en qualité de conseil supérieur de la magistrature.

Le déplacement, peine moins grave, n'est plus aujourd'hui prononcé sur l'avis conforme du conseil supérieur de la magistrature; mais sur l'avis d'une commission spéciale, comprenant le premier président de la Cour de Cassation, et six conseillers qui sont élus chaque année par celle-ci.

Enfin le déplacement ne peut pas entraîner pour le juge une diminution de classe ou de traitement.

En dehors des juges, qui sont soumis pour la discipline à des règles spéciales, destinées à garantir leur indépendance par rapport au pouvoir central, les fonctionnaires civils sont soumis au pouvoir disciplinaire que les supérieurs ont le droit d'exercer en vertu de leur pouvoir hiérarchique.

Le pouvoir disciplinaire des chefs est en principe discrétionnaire, et ceci résulte comme nous l'avons vu de la nature même de ce pouvoir. En effet, il n'a pas pour objet de sanctionner juridiquement des règles légales précises; mais il s'exerce plutôt dans l'intérêt du service, pour en assurer la bonne marche, il doit donc nécessairement comporter une marge d'appréciation relative à l'opportunité des mesures à prendre.

Telle est la théorie; mais en fait, nous constatons que sous la pression continue des groupements de fonctionnaires; le pouvoir disciplinaire des chefs tend à perdre son caractère disciplinaire, tend à se « juridictionnaliser », selon une expression un peu barbare. Ce mouvement comporte un double objet :

1) il tend à fixer des peines précises, et à déterminer avec soin les cas où elles devront s'appliquer; il tend donc à restreindre le champ de l'initiative du supérieur hiérarchique;

2) il tend à fixer des règles de procédure précises, à faire précéder la prise des sanctions d'une véritable instance contradictoire, et à porter celle-ci devant un conseil de discipline. Il tend aussi à augmenter les garanties données aux fonctionnaires coupables, et à accroître le rôle du conseil de discipline, destiné à devenir une juridiction permanente, chargée de rendre des décisions obligatoires.

Mais la puissance du lien hiérarchique est telle que l'on a touché très timidement aux prérogatives des chefs, qui conservent toujours, en principe, un pouvoir discrétionnaire.

CHAPITRE COMPLÉMENTAIRE.

Le devoir d'obéissance des fonctionnaires internationaux.

Avec le titre troisième se termine ce que nous pourrions appeler la partie statique de notre étude, c'est-à-dire la description et l'analyse du devoir d'obéissance hiérarchique, considéré in abstracto, c'est-à-dire en soi, et indépendamment de l'évolution des faits et des transformations du milieu social.

Avant de mettre le point final à cette première partie de notre étude, il nous a paru intéressant de jeter les yeux sur une nouvelle catégorie de fonctionnaires qui a paru récemment dans le droit public : nous voulons parler des fonctionnaires internationaux.

Sont-ils soumis à un devoir d'obéissance hiérarchique ? Et dans l'affirmative, peut-on relever des différences notables entre ce devoir d'obéissance des fonctionnaires internationaux et celui des fonctionnaires nationaux tel que nous venons de le décrire ? Autant de questions que nous allons passer maintenant en revue.

Les administrations internationales ont toujours une forme hiérarchisée. C'est-à-dire que tout à fait comme en droit public interne, les fonctionnaires dé-

pendent les uns des autres suivant un ordre préétabli, et cela en remontant jusqu'au sommet de la hiérarchie, à la tête de laquelle se trouve le chef de service, qui n'est pas ici bien entendu un ministre, comme en droit interne, mais un directeur ou un secrétaire général.

Le fonctionnaire international doit donc remplir la tâche d'ordre professionnel qui lui est confiée par son supérieur hiérarchique, et sous la direction de celui-ci.

Caractère particulier du devoir d'obéissance des fonctionnaires internationaux.

Mais en raison du caractère international de sa fonction, le devoir d'obéissance de ce fonctionnaire revêt un aspect particulier.

Il doit consacrer son activité à l'œuvre internationale, indépendamment de toute influence nationale quelconque, et surtout indépendamment des liens d'allégeance qui le rattachent au pays dont il est ressortissant.

« ...Un agent qui obéirait, contrairement ou en dehors des ordres de son supérieur hiérarchique international, aux instructions d'un gouvernement quel qu'il soit, commettrait une faute susceptible d'entraîner les peines disciplinaires prévues, et éventuellement le renvoi »...¹.

Comment l'indépendance du fonctionnaire international à l'égard de tout gouvernement se traduira-t-elle pratiquement ?

(1) SUZANNE BASDEVANT : la condition juridique des fonctionnaires internationaux. Thèse, Paris, 1930, page 166.

Le fonctionnaire international devra s'abstenir de toute participation active à la vie politique d'un Etat quelconque. Il devra refuser d'obéir aux instructions qui pourraient lui être adressées par un gouvernement. Il ne devra pas enfin accepter purement et simplement les distinctions honorifiques qui peuvent lui être offertes dans un pays donné.

L'ensemble de ces obligations particulières constitue ce qu'on pourrait appeler la loyauté internationale, qui ressemble un peu au civisme du fonctionnaire national.

Nous avons vu, en droit public interne, que les ministres, chefs de la hiérarchie administrative, échappent à tout devoir d'obéissance, ainsi qu'aux sanctions disciplinaires qu'un tel devoir comporte. La sanction normale de leur activité : c'est la responsabilité ministérielle.

En matière internationale, nous trouvons quelque chose d'analogue.

Les chefs des services internationaux agissent sous leur propre responsabilité. Ils sont soumis au contrôle des représentants des différents Etats, avec lesquels ils sont en contact direct. S'ils perdent la confiance des délégués, ils doivent démissionner, comme le font, en régime parlementaire, les ministres qui ont perdu la confiance du Parlement.

Tous les autres fonctionnaires qui font partie de la hiérarchie administrative internationale sont soumis au devoir d'obéissance et relèvent par conséquent des sanctions disciplinaires.

La discipline des fonctions administratives internationales.

De même qu'en droit public interne, le chef hiérarchique international jouit en principe d'un pouvoir discrétionnaire en matière disciplinaire, pouvoir qui est fondé aussi sur la nécessité de la bonne marche du service.

Les peines applicables ont pour objet de sanctionner les manquements du fonctionnaire à ses devoirs de service, mais aussi de réprimer, en dehors du service, les manquements à la dignité ou à l'attitude qu'il doit avoir.

Ces peines sont à peu près les mêmes que celles que nous avons passées en revue, lors de notre étude du pouvoir disciplinaire en droit interne.

Ce sont des peines à effet moral : le blâme, la réprimande avec inscription au dossier; des peines à effet pécuniaire : réduction ou suppression des augmentations de traitement; des peines destinées à modifier la carrière du coupable : rétrogradation, suspension avec son corollaire, la suppression provisoire du traitement; enfin la révocation.

En dépit du principe du pouvoir discrétionnaire du chef compétent; certaines garanties sont données aux fonctionnaires internationaux.

Le fonctionnaire peut recevoir communication de son dossier, et fournir des explications.

Dans certains cas, l'affaire doit être soumise à l'examen d'un organe paritaire, analogue à nos conseils de discipline, et devant lequel se déroule une procédure contradictoire. Cet organe donne son avis

à l'autorité chargée de statuer définitivement sur l'affaire.

Lorsque des formalités sont ainsi prescrites, le chef hiérarchique ne peut pas prendre de sanctions tant qu'elles n'ont pas été remplies; cependant, lorsque l'intérêt même du service l'exige impérieusement, le fonctionnaire incriminé peut être suspendu sans délai, mais à la condition qu'il y ait ultérieurement, application des garanties prévues; c'est là une conséquence de l'idée que le pouvoir disciplinaire n'appartient au supérieur que dans le seul but d'assurer et de maintenir à tout moment la bonne marche du service.

TITRE QUATRIEME

LES DOCTRINES RECENTES TENDANT A SUPPRIMER OU A ATTENUER LE DEVOIR D'OBEISSANCE.

LES TRANSFORMATIONS DU DROIT PUBLIC A L'ETRANGER

Nous venons d'étudier le devoir d'obéissance hiérarchique tel qu'il se présente, c'est-à-dire comme une conséquence nécessaire de l'organisation centralisatrice des fonctions publiques. Nous avons cherché à déterminer sa nature et sa justification, nous avons défini sa portée et indiqué ses limites.

Mais il est absolument impossible de borner là notre étude sous peine d'être incomplets, sous peine de négliger un des côtés les plus importants de cette question. L'histoire nous a montré qu'il ne faut jamais négliger l'évolution des faits. Rien n'est plus vrai en ce qui concerne le droit public. Ce serait donc une erreur flagrante que de se borner à faire l'étude d'une institution quelconque, comme si elle était fixée pour toujours dans la forme où la trouve celui qui la décrit et qui l'analyse. A supposer même que cette forme demeure immuable en apparence,

rien ne prouve que son contenu soit toujours le même.

A deux époques différentes, les mots dont on se sert pour définir cette institution peuvent être les mêmes, mais le sens et la portée qu'on leur attribue peuvent changer du tout au tout.

Avant de porter un jugement définitif sur une institution, avant de prétendre la connaître jusque dans le détail, il faut encore s'assurer qu'elle n'a point varié, et que sous une apparence de solidité, elle n'est point destinée à disparaître tôt ou tard.

Plaçons-nous donc maintenant sur le terrain des faits, étudions l'évolution du milieu social et des institutions, et nous verrons que l'organisation même de l'Etat, la centralisation et la hiérarchie, ainsi, bien entendu, que le devoir d'obéissance sont combattus et discutés, et cela au sein même de l'administration par les fonctionnaires qui en font partie. Nous rechercherons les origines et les causes de cette défaillance du régime administratif actuel, nous passerons en revue les principales transformations proposées, et nous analyserons le régime nouveau que certains songeraient à instaurer, dans un temps plus ou moins éloigné, sur les ruines de l'organisation actuelle, qui, dans leur esprit, est appelée à disparaître.

CHAPITRE PREMIER.

Le mouvement syndicaliste. Ses causes. Son but.

Le législateur révolutionnaire, par la célèbre loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791, a supprimé les corporations de l'Ancien Régime, et prohibé la formation de toutes associations nouvelles. Il a jugé que la protection de l'Etat et des lois suffisait largement pour assurer la liberté et les droits des individus, même pour ce qui touche à la défense de leurs intérêts professionnels.

La Révolution, après avoir posé les principes de la liberté des individus et de la souveraineté nationale, a tenté d'organiser une administration décentralisée et démocratique, en prenant pour base le système de l'élection. On sait que cette expérience n'a pas donné tous les résultats escomptés. Par suite de ces mécomptes, le gouvernement consulaire a pu procéder au rétablissement d'une administration conçue dans un esprit de centralisation et de hiérarchisation absolues.

Mais centralisation absolue, cela comporte en fait une certaine part d'arbitraire. Le pouvoir central, par l'intermédiaire de la hiérarchie, possède une autorité entièrement discrétionnaire sur les agents

de l'administration. Ceux-ci sont isolés et faibles en face d'un pouvoir fort. Ils sont obligés de se soumettre à une obéissance passive, à une discipline rigoureuse.

La chute de l'Empire ne change rien à cette forme d'organisation. La France est totalement unifiée et centralisée.

Les gouvernements qui ont succédé au gouvernement impérial ont tous maintenu l'administration dans la forme hiérarchique et centralisée.

Depuis l'établissement de la Troisième République en 1870, l'organisation administrative de la France est restée la même dans ses grandes lignes. Les mesures décentralisatrices qui ont été prises n'en ont pas modifié sensiblement le caractère.

Les agents restent donc toujours soumis à l'autorité du pouvoir central. Ils ne peuvent toujours pas s'unir. Et cependant ils y aspirent, afin de pouvoir présenter leurs doléances avec plus de force, et de faire aboutir leurs revendications.

Ces aspirations ne sont d'ailleurs pas spéciales aux fonctionnaires; dans tous les milieux, le désir de se grouper, le besoin de s'unir se font impérieusement sentir au dix-neuvième siècle.

L'idée se fait jour que l'Etat ne peut suffire à tout, qu'il ne peut pas satisfaire tous les besoins, que sa protection ne peut pas s'étendre à tous les domaines; aussi les individus cherchent-ils à se grouper, par affinités professionnelles ou autres, en vue d'assurer la défense de leurs intérêts.

Les fonctionnaires ressentent aussi le besoin de se

grouper, de s'unir pour défendre leurs intérêts et leurs revendications; mais c'est à eux précisément qu'il est difficile d'accorder le droit de former des groupements, en raison des dangers que ceux-ci pourraient faire courir à l'autorité de l'Etat.

Cependant, le mouvement qui pousse les fonctionnaires à s'unir n'est pas injustifié; ils réclament un statut, pour obtenir plus de garanties; ils demandent la limitation du pouvoir arbitraire des chefs en matière disciplinaire. Enfin et surtout, ils voudraient voir mettre un terme au favoritisme et à l'ingérence des hommes politiques dans l'administration.

Le pouvoir hiérarchique ne peut se justifier et trouver sa raison d'être que dans la compétence indiscutable et reconnue de celui qui est chargé de l'exercer. Si l'on nomme à des postes importants des personnes étrangères à l'administration, et dépourvues de compétence; si l'on fait des passes-droits et des tours de faveur; il y a là des abus qui non seulement peuvent faire tort aux fonctionnaires et les mécontenter, mais qui peuvent aussi avoir une répercussion sur la valeur même de l'administration. On comprend alors que les fonctionnaires aient voulu s'unir pour lutter contre ces abus.

En 1884, un fait nouveau se produit. Devant la force irrésistible du mouvement qui pousse les individus à s'unir, l'Etat accorde aux ouvriers et aux patrons le droit de former des syndicats professionnels, pour la défense des intérêts de leur profession. Les fonctionnaires vont-ils avoir le droit de former des groupements de ce genre ?

La jurisprudence a toujours refusé en fait, aux agents de l'Etat, le droit de former des syndicats conforme à la loi de 1884. Pourquoi ?

1) Parce que la loi de 1884 n'a eu pour but que d'assurer la défense d'intérêts privés. Article 3 : « les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des intérêts économiques, industriels, commerciaux et agricoles ».

2) Les fonctionnaires font l'objet d'un régime spécial qui leur donne certains avantages. Mais en acceptant un emploi public, ils ont renoncé à l'exercice du droit de grève; car ils se trouvent placés dans une situation légale et réglementaire; ils ne peuvent cesser de remplir leurs obligations professionnelles sans violer la loi, le règlement, ni sans briser la continuité d'action du service public, qu'ils sont précisément chargés d'assurer; or le syndicat peut utiliser la grève comme moyen d'action licite.

3) Enfin, le législateur ne s'est jamais prononcé formellement sur la question. Il l'a même « réservée » dans la loi de 1920.

Telles sont les raisons de droit. Mais en pratique, le principal obstacle à la reconnaissance du droit syndical pour les fonctionnaires vient de ce que les syndicats, loin de se cantonner dans leur rôle de défense professionnelle, sont devenus des organismes révolutionnaires qui ne visent rien moins qu'à transformer complètement l'organisation sociale actuelle. On a craint, avec juste raison d'ailleurs, que les syndicats formés par les fonctionnaires ne suivent

l'exemple donné par les syndicats des professions privées.

Voici donc une première forme de groupement interdite aux fonctionnaires; et cependant les abus n'ont pas cessé. Le besoin de les combattre présente toujours la même nécessité aux yeux des fonctionnaires.

Bientôt, le législateur fait un nouveau pas en avant. La loi du 1^{er} juillet 1901 vient accorder aux individus le droit de former des groupements non plus seulement pour la défense de leurs intérêts professionnels, mais pour toute espèce de buts non-lucratifs : c'est la reconnaissance définitive du droit d'association.

Les fonctionnaires vont-ils pouvoir utiliser ce nouveau genre de groupement ? Oui, car la loi reconnaît à tous les citoyens sans distinction la liberté de former des associations. Or les fonctionnaires, en tant que citoyens, jouissent de toutes les libertés individuelles.

Pratiquement donc, l'association connaît une grande fortune parmi les fonctionnaires. Mais ils ne suffisent pas aux fonctionnaires de pouvoir former librement des associations. Ils veulent aussi pouvoir agir, afin de faire triompher des revendications qu'ils estiment justifiées.

Le Conseil d'Etat reconnaît d'abord la légalité des associations de fonctionnaires (arrêt du 11 décembre 1908), puis il leur reconnaît le droit d'assurer la défense des intérêts professionnels de leurs membres.

Mais ainsi, il n'y a plus de différence très sensible entre un syndicat et une association.

Cependant, la jurisprudence judiciaire et la jurisprudence administrative semblent admettre qu'à la différence des syndicats professionnels, les associations ne peuvent pas représenter de plein droit les intérêts professionnels de ceux qui en font partie; en conséquence, une association de fonctionnaires n'a pas qualité pour défendre en justice une profession, qui n'est d'ailleurs que l'exercice d'une fonction publique. Elle ne peut donc agir qu'au seul titre de mandataire de l'un de ses membres, et non en qualité de représentant direct de toute la profession.

(Cassation : chambres réunies, 15 juin 1923 : Cardinal Luçon — Conseil d'Etat : 21 novembre 1923).

En réalité, la différence qui peut exister aujourd'hui entre une association de fonctionnaires et un syndicat professionnel paraît bien minime.

Comme le syndicat, l'association de fonctionnaires est un groupement qui se charge de l'étude et de la défense des intérêts professionnels de ses membres. Comme le syndicat, l'association de fonctionnaires peut agir en justice pour défendre les intérêts d'un de ses membres. Mais cependant, l'association ne peut pas représenter toute la profession, elle n'a pas qualité pour agir en justice au nom de celle-ci.

A la vérité, le mouvement qui a porté les fonctionnaires à s'unir est un mouvement puissant.

Ils ont éprouvé le besoin de se grouper, parce qu'à leurs yeux, le groupement seul peut trouver la force nécessaire pour dénoncer les abus qui se produisent,

et pour en réclamer la cessation. Enfin, il ne faut pas perdre de vue cette idée que le groupement est une véritable nécessité humaine.

Mais la forme juridique de groupement qui répond le mieux au besoin de défense des intérêts professionnels est incontestablement le syndicat. Celui-ci dispose, surtout avec le droit de grève, de moyens d'actions puissants et étendus pour assurer le succès des revendications collectives de ses membres.

Les fonctionnaires ont donc cherché à se grouper en syndicats, parce qu'à leurs yeux, la forme syndicale était celle qui paraissait convenir le mieux aux groupements qu'ils étaient désireux de fonder.

Les pouvoirs publics ont toujours résisté à cette tendance des fonctionnaires à former des syndicats.

Quelle est donc la raison profonde de cette hostilité gouvernementale contre les syndicats de fonctionnaires ?

Il n'y a pas, au fond, de véritable différence de nature entre le lien qui unit le fonctionnaire à l'Etat, et le lien qui unit un ouvrier ou un employé à l'entreprise dont il fait partie. Dans les deux cas, nous sommes bien en présence de l'exercice d'une profession; il y a donc, pour le fonctionnaire comme pour le salarié, des intérêts professionnels. Il semble par conséquent légitime qu'il puisse les défendre.

Mais le fonctionnaire n'est pas au service d'un patron comme les autres; la profession qu'il exerce ne concourt pas à la satisfaction d'intérêts privés. Le travail qu'il est chargé d'accomplir est déterminé dans le seul intérêt de l'Etat, ou si l'on préfère, de

la collectivité. La tâche remise au fonctionnaire est donc avant tout une tâche d'utilité publique, et pour qu'elle soit profitable, il faut surtout qu'elle soit accomplie de façon permanente, sans discontinuité, ni faiblesse, et conformément au but fixé par l'autorité supérieure responsable. Mais vouloir assurer la continuité et la permanence du fonctionnement des services publics, cela revient à refuser aux fonctionnaires le droit de grève qui, par sa nature, est incompatible avec cette continuité.

Vouloir assurer la conformité des tâches confiées aux fonctionnaires avec le but fixé par l'autorité, cela revient à leur dénier le droit de former des syndicats.

En effet, le syndicat est un organisme assez puissant pour imposer au besoin la volonté collective de ses membres. Il pourrait donc, s'il le tentait, dénaturer le but fixé par l'autorité supérieure.

Telles sont les raisons qui ont déterminé les pouvoirs publics à freiner le mouvement syndical.

Le droit accordé aux fonctionnaires de constituer des associations conformes à la loi de 1901 n'a pas atténué complètement la force du mouvement syndical. L'activité des associations de fonctionnaires se rapproche beaucoup de celle des syndicats. L'association devient une sorte de syndicat de fait.

D'autre part, il existe aussi de véritables syndicats illégaux de fonctionnaires, qui sont tolérés par les pouvoirs publics.

Le gouvernement arrivé au pouvoir après les élections de mai 1924 a reconnu effectivement l'existence

de fait de ces syndicats illégaux, en recommandant par circulaire à ses agents d'entrer en contact avec eux, afin d'amorcer une collaboration durable.

« Il convient que les chefs de service ne craignent pas d'entrer en contact avec les syndicats locaux de fonctionnaires..... Le gouvernement estime utile à la bonne marche des services et à la paix sociale que les chefs des administrations et les représentants de la majorité de leurs collaborateurs entretiennent des rapports réguliers et confiants » ¹.

Actuellement, certains députés préparent une proposition de loi, tendant à accorder de façon définitive le droit syndical aux fonctionnaires civils.

Un rapport établi dans ce sens vient d'être adopté par la commission du Travail de la Chambre des députés.

En résumé, les fonctionnaires ont éprouvé le besoin impérieux de se grouper pour la défense de leurs intérêts. Ils ont voulu former des syndicats, malgré l'opposition des pouvoirs publics. Ils ont réussi à faire de leurs associations de véritables syndicats de fait, et même à créer des syndicats illégaux.

Mais l'évolution s'arrêtera-t-elle, si le gouvernement, reconnaissant le fait accompli, accepte de donner une consécration juridique certaine à l'existence de fait de ces syndicats ?

(1) *Circulaire* du 25 septembre 1924.

La grève des fonctionnaires.

Le Code pénal ne prévoit et ne punit que les coalitions de fonctionnaires qui sont dépositaires de quelque partie de la force publique. La peine varie selon la gravité de la faute commise. Elle peut être la mort si le concert a eu pour objet ou résultat un complot attentatoire à la sûreté intérieure de l'Etat ¹.

Mais contre les autres fonctionnaires, ceux qui ne sont pas dépositaires de l'autorité publique, il n'y a pas en fait de sanction pénale possible. L'article 126 du Code Pénal punit bien de la dégradation civique les fonctionnaires qui auraient empêché l'accomplissement d'un service quelconque; mais il exige que ces fonctionnaires se soient mis d'accord pour « donner des démissions » qui aient eu pour effet d'empêcher l'accomplissement d'un service. Or il est de règle qu'un texte pénal ne peut s'étendre à d'autres cas que ceux qu'il prévoit expressément.

La seule solution possible serait de révoquer à titre de sanction disciplinaire les agents qui cessent leur service. Mais justement, en cas de grève, leur nombre serait probablement trop élevé pour que pareille mesure soit applicable.

Effets de l'action syndicale des fonctionnaires.

Quels ont été les résultats pratiques apportés aux fonctionnaires par l'action syndicale ? C'est ce qu'il nous faut rechercher maintenant.

(1) *Articles* : 123, 124, 125 du Code Pénal : Coalition de fonctionnaires.

Les fonctionnaires se sont groupés primitivement avec le désir de lutter contre des abus certains. Et pour faire cesser ces abus, ils ont demandé la fixation d'un statut.

En effet, le jour où les attributions des fonctionnaires, et aussi les droits et les avantages qui leurs sont accordés seront nettement fixés dans un texte, l'arbitraire cessera dans une très large mesure. Il sera possible également de restreindre le pouvoir discrétionnaire des chefs en matière disciplinaire en établissant une liste des fautes et des peines applicables.

Il n'y a pas encore aujourd'hui de statut général de la fonction publique dans notre pays. Cependant, certains fonctionnaires ont un statut complet (magistrats de l'ordre judiciaire, professeurs de l'enseignement supérieur et de l'enseignement secondaire, instituteurs). Ces statuts complets sont généralement fixés par la loi.

Mais pour la grande majorité des fonctionnaires, les statuts sont fixés par décret, parfois même par une simple circulaire ministérielle. Mais bien entendu, ils n'offrent pas les mêmes garanties que celles qui résulteraient d'un statut fixé par la loi. Mais pourtant, dans la plupart des services, des règles précises ont pu être établies pour l'avancement (réglementation du choix et de l'ancienneté).

Pour diminuer les chances d'arbitraire et d'inégalité entre les diverses catégories de fonctionnaires, on a uniformisé les traitements dans une certaine mesure par le système de la péréquation.

Enfin, en matière disciplinaire, et c'est là surtout ce qui intéresse notre étude, l'action des groupements de fonctionnaires s'est portée vers l'atténuation du pouvoir discrétionnaire des chefs, par l'établissement de certaines garanties, dont la plus précieuse est à coup sûr le droit à communication préalable du dossier.

Les fonctionnaires ont obtenu aussi l'adjonction d'un conseil consultatif au chef à qui revient le pouvoir de décision disciplinaire, et la création d'une procédure contradictoire dont les règles doivent être observées.

Si l'action corporative des fonctionnaires a été surtout à ses débuts une lutte contre les abus, elle s'est peu à peu détournée de son objet primitif.

Les groupements de fonctionnaires ont pris conscience de leur force, et, quittant le terrain des revendications pratiques, pour s'élever sur le terrain doctrinal, ils ont pensé à utiliser cette force pour réaliser une transformation complète non seulement du régime administratif actuel, mais aussi de la société. Ils passent donc du syndicalisme d'action pratique au syndicalisme révolutionnaire.

CHAPITRE DEUXIÈME.

Les tendances nouvelles du mouvement syndicaliste.

Transformation de la fonction publique.

L'évolution politique du dix-neuvième siècle a eu pour principal résultat d'amener au pouvoir le parti républicain et démocratique. Mais si les révolutions qui ont abouti en fin de compte à l'avènement de la Troisième République ont eu pour effet d'instaurer une Constitution démocratique, dans laquelle le pouvoir est exercé par les élus du peuple au suffrage universel; elles n'ont par contre rien changé à l'organisation administrative française, qui reste centralisée et hiérarchisée, comme au temps de la monarchie impériale.

Le conflit existe à l'état latent entre cette organisation constitutionnelle démocratique et cette organisation administrative centraliste.

« La fréquence des interpellations et l'ingérence des députés dans l'administration sont condamnées par tous les théoriciens du droit public comme des empiètements du Législatif sur l'Exécutif, contraires à la doctrine de la séparation des pouvoirs; elles n'en sont pas moins devenues les coutumes fondamentales de la vie politique en France. Elles sont

des expédients pratiques qui permettent de conserver ensemble deux systèmes contradictoires d'institutions — un régime public démocratique, un régime administratif hiérarchique — en forçant le corps des fonctionnaires à se soumettre aux élus du peuple » ¹.

Il est évident qu'à la longue un tel système serait plein d'inconvénients, et nous avons vu que l'ingérence des parlementaires dans l'administration conduisait tout droit au favoritisme et à l'injustice. Que faut-il faire pour remédier à ce fâcheux état de choses ? La doctrine du syndicalisme intégral nous offre une première solution.

A) Syndicalisme intégral.

Le mal dont souffrent nos institutions, le mal dont souffrent les fonctionnaires vient de cette contradiction fondamentale entre une Constitution démocratique, et une administration monarchique. Pour retrouver l'équilibre, il n'y a pas de demi-mesure, il faut ou bien monarchiser la Constitution, ou bien démocratiser l'administration.

Peut-on monarchiser la Constitution ? Non, puisque le résultat d'une longue évolution historique a été précisément de renverser la Monarchie au profit de la Démocratie. Il faut donc essayer l'autre moyen et démocratiser l'administration.

La Révolution démocratique ne s'est réalisée qu'à

(1) CHARLES SEIGNOBOS : Histoire politique de l'Europe contemporaine, 6^e édition, Paris, 1918, page 209.

moitié. Elle n'a porté que sur le mécanisme du gouvernement central et sur la possession du pouvoir; elle n'a pas touché au mécanisme administratif qui reste ainsi comme le dernier vestige de l'ordre régalien.

En effet, à quoi tendent la centralisation et la hiérarchie dans l'administration ? A concentrer en fait de degré en degré tous les pouvoirs. Mais une telle concentration postule l'existence d'un chef suprême et unique, lequel aura dans sa main tous les pouvoirs. La centralisation et la hiérarchie postulent donc la monarchie, comme dans la Rome Impériale, comme en France depuis Louis XIV jusqu'à Louis XVI, comme sous le Premier Empire. Cette organisation administrative est donc parfaitement justifiée lorsqu'elle correspond à un régime monarchique; elle ne l'est plus dans un régime démocratique. Elle n'est qu'une survivance du passé, qu'il faut détruire aussitôt. Un corps sans tête peut-il continuer à vivre normalement ?

Comment va-t-on pouvoir réaliser dans la pratique cette transformation nécessaire ?

« Par la suppression de tout ce qu'il y a de régalien dans le ressort de nos administrations. Ce ressort, c'est l'autorité hiérarchique, soutien de l'arbitraire. Mais cette autorité venant d'en haut, il faut supprimer les chefs qui en sont les agents » ¹.

Si les chefs hiérarchiques, tels qu'ils existent maintenant, sont appelés à disparaître, comment et par qui les remplacera-t-on ?

(1) RAPHAEL ALLIBERT : Les syndicats de fonctionnaires. Thèse, Paris, 1909.

L'autorité ne sera plus, comme aujourd'hui, une sorte de contrainte extérieure et arbitraire, un pouvoir coercitif chargé de faire régner l'obéissance passive par un système de discipline presque militaire.

Elle viendra d'en bas, conformément aux vrais principes démocratiques; elle sera librement consentie par les fonctionnaires eux-mêmes, qui s'y soumettront volontairement.

Les agents éliront donc leurs chefs, au lieu de subir la contrainte arbitraire des supérieurs hiérarchiques imposés par l'autorité.

Mais un tel système postule nécessairement l'indépendance des fonctionnaires. S'il n'y a plus de chefs, plus d'autorité supérieure, les services seront autonomes. La conséquence essentielle de la démocratisation projetée sera donc l'autonomie des services publics. C'est bien là tout le contraire de la centralisation qui existe actuellement.

De ce principe de l'autonomie des services publics découlent des conséquences fort importantes :

1°) La gestion du service sera désormais assurée par la collectivité des fonctionnaires qui en font partie. En conséquence, l'association deviendra obligatoire pour tous les fonctionnaires. En effet, si par hypothèse certains fonctionnaires pouvaient rester en dehors du groupement collectif de gestion, il faudrait de nouveau rétablir une autorité supérieure pour aplanir les différends, or c'est précisément cette autorité que l'on veut supprimer. Et d'ailleurs les directeurs élus par l'association n'auraient pas en pa-

reil cas une autorité indiscutée, et ils ne pourraient prétendre à exercer un pouvoir quelconque sur les fonctionnaires qui seraient restés en dehors de l'association.

2°) La disparition de l'autorité entraîne aussi, par voie de conséquence, la transformation du caractère juridique de la fonction publique.

Les fonctionnaires ne seront plus désormais dans une situation légale et réglementaire, ils ne dépendront plus de l'imperium de l'Etat souverain. Leurs rapports avec le service public seront fixés sous la forme contractuelle. Le statut, réglementation autoritaire, deviendrait une convention collective de travail.

3°) L'autonomie des services, c'est la décentralisation par service. Chaque sphère de l'action administrative sera gérée par l'association corporative des agents qui en sont chargés, sous la direction et le contrôle des chefs librement élus par eux.

« Ce que serait l'administration rêvée par les syndicalistes ? Une agglomération de services autonomes. Chacun de ces services jouirait d'une complète indépendance; il aurait ses organes propres, sa réglementation distincte, qu'il serait maître d'établir et de changer à son gré » ¹.

Mais comment sera maintenue l'unité sociale ? Les différents groupements professionnels seront fédérés.

« Le gouvernement sera dès lors remplacé par un

(1) G. CAHEN : Les fonctionnaires. Leur action corporative.

grand conseil d'administration technique, composé des délégués des agents de tous les services » ¹.

4°) Nous touchons maintenant aux conséquences extrêmes de la doctrine du syndicalisme intégral. L'évolution que nous venons de décrire pour les services publics doit se produire aussi dans le domaine de l'activité privée. De même que l'on supprime l'autorité hiérarchique dans les services publics, on supprimera l'autorité patronale, tout aussi arbitraire et tout aussi oppressive. Mais alors, par la logique même des choses, il n'y aura plus de distinction possible entre les travailleurs des services publics et les autres, puisque les premiers ne seront plus les représentants d'une autorité disparue. Il n'y aura plus que des groupements autonomes de producteurs de services.

5°) Mais s'il n'y a plus d'autorité, si la souveraineté a disparu, avec le pouvoir de commandement et le pouvoir de contrainte qui en sont les attributs, l'Etat devient inutile, il disparaît.

Cependant, cette dernière conséquence de la révolution syndicaliste ne réalise pas l'unanimité de tous les théoriciens. Chez certains d'entre eux, la notion d'organisme politique n'a pas totalement disparu. Ils veulent maintenir l'Etat, mais avec une mission limitée. Un Parlement, élu au suffrage universel, serait chargé du rôle d'arbitre entre les fédérations de groupements professionnels.

Il conserverait la fonction législative. « Tout ce qui est réglementé aujourd'hui par la loi le reste-

(¹) G. CAHEN : Les fonctionnaires. Leur action corporative.

rait; au contraire tout ce qui l'est par l'autorité administrative, ministérielle ou autre le deviendrait par les syndicats de fonctionnaires, érigés en Parlements administratifs » ¹.

Les ministres se borneraient surtout à servir d'intermédiaires entre le Parlement et les Conseils professionnels.

B) Critique de la doctrine du syndicalisme intégral.

1°) La thèse du syndicalisme intégral est fondée sur la suppression de l'autorité. Celle-ci est destinée à être remplacée par un pouvoir de direction et de contrôle librement consenti par les agents fédérés à des chefs élus par eux.

Dans ce système, l'élection doit donc jouer un rôle primordial.

Or, le principe de l'élection est basé sur ce postulat que le scrutin doit toujours avoir pour résultat de faire sortir de l'urne le nom du meilleur; c'est-à-dire, dans notre hypothèse, le nom de l'agent considéré par ses pairs, ou plus précisément par la majorité de ses pairs, comme le plus compétent pour assumer la direction de l'association corporative, et pour contrôler la gestion du service par les membres de celle-ci. Mais pour que l'élection donne vraiment ce résultat théorique, cela suppose que chaque électeur possède la capacité, l'instruction et la sagesse suffisantes pour avoir toujours présente à l'esprit

(1) G. CAHEN : Les fonctionnaires, leur action corporative.

la notion la plus claire de l'intérêt général. Or, cela n'est pas démontré.

Nous avons dit déjà que la Révolution avait tenté d'organiser une administration démocratique et décentralisée, fondée sur le système de l'élection. Nous avons montré que les résultats obtenus n'avaient pas répondu aux espoirs des promoteurs de cette expérience.

Seuls une solide éducation professionnelle et un sens de l'intérêt général très développé, et cela chez tous les électeurs, pourraient donner des résultats satisfaisants et permettre l'attribution du pouvoir de direction au candidat le plus compétent.

Mais cela ne peut pas s'improviser, et aujourd'hui même, il semble qu'une longue évolution soit encore nécessaire pour que chacun atteigne à un tel souci de loyauté, de sincérité, de désintéressement.

Le vice essentiel du système de l'élection a toujours été que l'électeur arrête souvent son choix d'après son intérêt personnel, plutôt que d'après l'intérêt général; ou bien qu'il se fie à ses impressions plutôt qu'à sa raison.

A supposer même que l'électeur ait la pleine conscience de l'intérêt général, il peut encore se trouver forcé de choisir entre plusieurs candidats de même valeur. Si la majorité du collège électoral choisit l'un de ces candidats, les électeurs minoritaires doivent par définition s'incliner devant l'autorité conférée au nouveau chef, qu'ils n'ont pas choisi. Cela suppose qu'ils doivent faire le sacrifice de leurs convictions personnelles à l'intérêt général, tel qu'il

a été conçu par la majorité. Cela revient aussi à dire que le système de l'élection comporte lui aussi une part de cet arbitraire que l'on a prétendu éliminer totalement par la suppression de l'autorité hiérarchique.

Ce procédé est donc loin d'être aussi satisfaisant qu'on a voulu le croire, et si comme il arrive souvent, le fonctionnaire désigné par l'élection est, non pas le meilleur administrateur, mais celui qui a fait le plus de promesses, celui qui a satisfait le plus grand nombre d'intérêts particuliers; le service aura toutes chances d'être mal géré.

Voilà donc une première et grave objection que l'on peut faire à la thèse du syndicalisme administratif. A moins que n'intervienne une transformation profonde des mœurs, l'extension généralisée du système de l'élection aux services publics ne semble pas devoir donner de bons résultats.

2° S'il y a un désaccord profond et durable entre les syndicats professionnels, qui règlera le conflit ? Dans le cas où l'Etat serait complètement supprimé, la question serait presque insoluble. On aboutirait en fait à l'anarchie. Mais dans les cas où l'Etat a été maintenu, il ne doit tenir qu'un rôle d'arbitre. Que se passera-t-il si l'arbitrage ne donne aucun résultat ? Il faudra bien finir par mettre les syndicats d'accord entre eux. Si l'on donne ce rôle à l'Etat, on rétablit du même coup la souveraineté, l'autorité. Si la décision dépend d'une majorité, dans le grand conseil technique par exemple, c'est toujours l'arbitraire qui est maintenu.

3°) Une autre difficulté peut encore se présenter. Elle concerne la question du recrutement des fonctionnaires. Le syndicat chargé de gérer le service public sera-t-il ouvert à tout venant, ou au contraire sera-t-il fermé ? Y aura-t-il possibilité pour un individu de passer d'un syndicat dans l'autre ?

Comment et par qui seront nommés les fonctionnaires syndiqués ? Toutes questions assez difficiles à résoudre, dans la pratique.

Telles sont les principales critiques suggérées par l'étude de cette doctrine.

Ajoutons que le syndicalisme intégral représente seulement la partie la plus avancée du mouvement. D'autres syndicalistes, dits réformistes, ne veulent point d'une transformation aussi radicale de la société; ou, s'ils l'admettent, du moins n'en voient-ils la réalisation qu'à très longue échéance. Pour eux, il s'agit seulement de tenir compte du mouvement syndicaliste, et de réaliser hardiment les réformes indispensables, mais sans toucher aux bases de la société.

C) Transformations du droit public à l'étranger.

Avant de terminer cette étude, il nous a paru nécessaire de dire quelques mots des principales transformations qui se sont produites dans le droit public à l'étranger.

Nous venons de voir quelle était l'importance du mouvement syndicaliste en France, ainsi que celle de la Révolution qu'il prétend opérer dans l'organi-

sation sociale. Mais ce mouvement n'a pas été particulier à notre pays. Il s'est produit aussi, dans les autres pays, des mouvements analogues, dont certains ont abouti en fait à des transformations révolutionnaires.

Ces transformations réalisées ailleurs n'ont pas manqué d'avoir une profonde influence en France, et dans la mesure où elles peuvent exercer une attraction sur le développement de notre droit public, elles méritent de nous intéresser.

1°) *L'Italie fasciste* :

L'originalité de la révolution Italienne, c'est qu'elle s'est emparée du mouvement syndicaliste, pour l'intégrer dans le cadre national, pour en faire un syndicalisme d'Etat.

Les producteurs, et non les citoyens (expression maintenant périmée) sont groupés en syndicats. Et ces syndicats professionnels sont fédérés, tout comme dans un régime syndicaliste intégral. Mais :

1) l'autorité des patrons n'a pas été supprimée; ceux-ci forment aussi des syndicats;

2) les syndicats ne sont pas autonomes, mais ils sont en fait sous l'autorité du gouvernement.

De même que pour le syndicalisme intégral, on a conservé un Parlement, au-dessus du Conseil des Corporations. Mais ce Parlement joue un rôle effacé, réduit; il est aussi dans la main de l'autorité.

En réalité, en dépit de l'incorporation des syndicats dans le droit public, le régime fasciste est un régime centralisé et autoritaire, dans lequel tout le pouvoir appartient en fait au gouvernement central.

a) L'administration locale est centralisée. Dans les villes, le maire élu a été remplacé par un **podestat**, agent du gouvernement central.

b) Toutes les organisations corporatives sont hiérarchisées. Ce qui les met en fait dans la main de l'Etat.

c) La cessation concertée du travail dans les services publics est un crime, puni de la réclusion.

d) Le pouvoir est exercé en fait par le premier ministre, et par le parti national fasciste.

Ainsi, en Italie, les forces syndicalistes révolutionnaires ont été captées par l'Etat, qui les a utilisées dans l'intérêt de la grandeur nationale. Mais en pratique, l'organisation administrative est toujours basée sur la souveraineté de l'Etat, sur la centralisation et sur la hiérarchie, qui sont en réalité très strictes.

2°) *La Russie des Soviets.*

Le régime de la Russie des Soviets est caractérisé, lui aussi, par une sorte d'absolutisme politique, se traduisant en fait par une centralisation et un étatsisme intense.

La dictature appartient en principe au prolétariat; mais en fait, elle est exercée par le parti Communiste, ou plus exactement, par le Comité Central du parti Communiste.

Le régime soviétique est basé sur la négation du droit et de la légalité, tels qu'ils sont conçus dans les autres pays. En conséquence, il n'y a pas en Russie de séparation des pouvoirs.

« La conformité au but révolutionnaire joue un

rôle analogue aux principes généraux du droit dans les Etats bourgeois ».

Dans un tel régime, tous les droits, tous les pouvoirs sont donc concentrés aux mains de l'Etat.

Celui-ci concède des facultés aux individus, mais selon la règle de l'inégalité, dans l'intérêt de la classe ouvrière.

Le système électoral est établi selon les mêmes principes, c'est-à-dire l'inégalité.

La Constitution est en théorie fédérative; mais en fait, avons-nous dit, il y a une centralisation totale. D'autre part, la Constitution n'est pas fixe, immuable; elle peut évoluer selon les besoins de l'action révolutionnaire; elle est donc en fait largement et facilement révisable.

Enfin, conséquence normale de cette absence de droit et de légalité; il n'y a pas de différence fondamentale entre la loi et la réglementation administrative, puisqu'il n'y a pas de séparation des pouvoirs.

Les décisions prises par une autorité quelconque ont force de loi, pourvu toujours qu'elles soient conformes au but révolutionnaire.

Un droit public nouveau s'est donc créé à l'étranger, surtout en Italie et en Russie. Ce droit est basé sur des conceptions différentes de celles de notre droit. Cependant, dans l'un et l'autre de ces pays, on a organisé en fait un régime de centralisation absolue, de stricte subordination de tous à l'autorité centrale. Pourquoi ? Parce qu'on a senti, dans ces deux pays, la nécessité d'une forte organisation, dirigée par un pouvoir souverain fort et indépendant dans le sens de l'intérêt général.

CONCLUSION

Les bouleversements profonds qui se sont produits dans certains pays, les théories proposées dans ce pays même par les syndicalistes ne peuvent pas modifier notre conviction : il n'est pas possible de changer l'organisation administrative actuelle de la France.

Pourquoi la France, pays de Constitution démocratique, a-t-elle une administration centralisée et hiérarchisée ? Parce que cette organisation administrative correspond réellement aux nécessités de la vie du pays, parce qu'elle est issue directement de l'unité politique nationale.

Il n'existe pas, en réalité, de contradiction entre la Constitution politique de la France et son organisation administrative. La France n'est pas un pays fédéral; l'unité nationale est faite : la France est une. Or, l'unité nationale postule de toute évidence l'unité d'administration.

Par conséquent, quelle que soit la Constitution du pays, qu'elle soit monarchiste ou démocratique, l'organisation administrative ne doit pas changer.

L'unité du pays impose donc une organisation administrative centralisée. Or, nous avons démontré que la hiérarchie administrative est la base même d'une organisation centralisée.

En conséquence, le devoir d'obéissance, qui est un des aspects essentiels de la hiérarchie, doit être maintenu au même titre que celle-ci, pour assurer le bon fonctionnement de l'administration centralisée.

Mais n'oublions pas que le mouvement syndicaliste, avant d'être une doctrine de révolution, a été surtout à l'origine un mouvement de défense des fonctionnaires contre les abus dont ils se prétendaient les victimes, et contre l'ingérence des hommes politiques dans la vie administrative.

Les fonctionnaires se sont groupés pour défendre leurs intérêts qu'ils ont cru menacés.

Parce que ces abus venaient d'en haut, ils ont pensé qu'ils provenaient de l'autorité. Et c'est ~~pourquoi ils ont~~ eu tendance à considérer celle-ci comme un pouvoir d'oppression et de contrainte.

En réalité, les abus provenaient plutôt d'une défaillance de l'autorité.

Pour les faire cesser, il faut restaurer l'autorité, non pas ce pouvoir despotique et arbitraire qui n'est pas la véritable autorité, mais un pouvoir fondé sur la compétence certaine et indiscutable de ceux qui en sont investis, à la condition qu'ils en assument, en contre-partie, toutes les responsabilités. Mais, pour obtenir ce résultat, ne faut-il pas réformer l'organisation administrative actuelle ?

Il faudrait, à notre avis, réaliser enfin le statut général de la fonction publique.

« (La fonction publique) sera organisée lorsque le fonctionnaire trouvera dans une charte immuable les principes concernant sa nomination, son avance-

ment, sa rétribution, sa retraite et ses obligations; et la faculté de faire respecter ces principes » ¹.

Certains ont contesté cette nécessité de réaliser un statut général des fonctions publiques. Celles-ci sont trop variées, disent-ils, pour se prêter à une réglementation uniforme. L'objection est sérieuse, mais nous pensons toujours qu'il n'est pas impossible de dégager un certain nombre de règles générales et applicables à tous les services, sans porter aucun préjudice à l'organisation intérieure de chaque service.

On pourrait aussi reprocher au statut légal d'enfermer les chefs dans des règles trop strictes, de limiter leur initiative en matière hiérarchique et disciplinaire, et d'affaiblir ainsi leur autorité.

Nous ne pensons pas que l'objection soit fondée. Il ne faut pas voir, comme on le fait trop souvent, dans l'autorité une puissance qui ne peut exister qu'au moyen de l'arbitraire et de la contrainte, mais plutôt l'attribut naturel de la compétence et de la responsabilité.

A notre avis, la rédaction et la mise en vigueur d'un statut légal ne sont pas de nature à affaiblir l'autorité. Nous pensons au contraire que celle-ci se trouvera renforcée. L'élimination rigoureuse de tout arbitraire ne peut qu'accroître le prestige et le pouvoir de chefs choisis seulement à raison de leur compétence.

Lorsque le statut sera réalisé, lorsque les agents pourront connaître de façon certaine leurs droits,

(1) ALLIBERT : Les syndicats de fonctionnaires, Paris, 1909.

mais aussi leurs devoirs, l'organisation administrative française sera ce qu'elle est déjà en partie, et ce qu'elle devrait être tout à fait : une hiérarchie, à l'intérieur de laquelle l'autorité sera confiée à certains agents, à raison de leur compétence indiscutable, mais sous leur responsabilité, et dans le seul intérêt du service.

Le devoir d'obéissance hiérarchique ne sera lui aussi que la subordination légitime et nécessaire des fonctionnaires à ces chefs désormais investis d'une autorité indiscutée. Mais subordination ne devra jamais être synonyme d'infériorité, ni de vassalité.

BIBLIOGRAPHIE

PREMIÈRE PARTIE.

Traités. Ouvrages généraux de droit public de droit pénal et d'histoire.

- APPLETON (J.). — Traité élémentaire de contentieux administratif, 1927.
- BERTHÉLEMY. — Droit administratif, 12^e édition, 1930.
- BLUNTSCHLI. — Théorie générale de l'Etat, 2^e édition, 1881.
- CHIMIENTI. — Droit Constitutionnel Italien, 1932.
- DUGUIT. — Droit Constitutionnel, 3^e édition, 1927-28.
— Etudes de Droit public. L'Etat (tome II), 1901-03.
- FLEINER. — Principes généraux du droit administratif (allemand), 1933.
- GARÇON. — Code Pénal annoté.
- GARRAUD. — Traité de droit criminel.
- HAURIU (M.). — Droit administratif, 11^e édition, 1927.
- HUGUENY (P.). — Traité de droit pénal militaire, 1933.
- JÈZE. — Principes généraux du droit administratif, 3^e éd., 1930.
- LABAND. — Le droit public de l'Empire Allemand, 1900-04.
- LAFFERRIÈRE (Ed.). — Traité de la juridiction administrative. 2^e éd., 1896.
- SEIGNOBOS. — Histoire politique de l'Europe contemporaine. 6^e éd., 1918.

DEUXIÈME PARTIE.

Ouvrages spéciaux.

- CAHEN. — Les fonctionnaires. Leur action corporative, 1911.
- CAUVIÈRE. — Discipline militaire et obéissance passive, 1908.
- CHARDON. — Le pouvoir administratif, 1911.
- LAROQUE et MASPÉTIOL. — La tutelle administrative, 1930.

- LEFAS. — L'Etat et les fonctionnaires, 1913.
LEROY (Maxime). — Transformations de la puissance publique, 1907.
LEROY-BEAULIEU (A.). — L'Etat moderne et ses fonctions, 1890.
PAUL-BONCOUR. — Syndicats de fonctionnaires, 1906.
VIVIEN. — Etudes administratives, 3^e édition, 1859.

TROISIÈME PARTIE.

Thèses.

- ALLIBERT. — Syndicats de fonctionnaires. Paris, 1909.
BASDEVANT (Suzanne). — La condition juridique des fonctionnaires internationaux. Paris, 1930.
COT (Pierre). — Responsabilité civile des fonctionnaires publics, Paris, 1922.
DUPEYROUX. — Faute personnelle et faute de service. Paris, 1922.
KAMMERER. — La fonction publique d'après la législation allemande. Paris, 1898.
GEORGIN. — Statut des fonctionnaires. Paris, 1911.
LACOUR (de). — Résistance aux actes de l'autorité publique. Paris, 1905.
MACAIGNE. — Fonctionnarisme et syndicats de fonctionnaires. Paris, 1907.
MANDRETTE. — Instructions des supérieurs hiérarchiques. Paris, 1908.
MOLLIET. — Pouvoir hiérarchique. Paris, 1909.
NÉZARD. — Théorie juridique de la fonction publique. Paris, 1901.
PERREAU. — Responsabilité des fonctionnaires. Bordeaux, 1895.

QUATRIÈME PARTIE.

Revues. Publications diverses.

- BÉQUET. — Répertoire de droit administratif (article : fonctionnaires).
DALLOZ. — Répertoire pratique (articles : compétence, fonctionnaires, responsabilité).

FUZIER-HERMAN. — Répertoire général. — Supplément (mêmes articles).

Revue de droit public :

DUGUIT. — Coexistence de la responsabilité de l'Etat et de la responsabilité personnelle des fonctionnaires, 1923, tome 40, page 23.

FLINIAUX. — Cumul de la responsabilité de l'agent et de la responsabilité de la personne morale administrative, 1921, tome 38, page 333.

JOSEPH-BARTHÉLEMY. — Influence de l'ordre hiérarchique sur la responsabilité de l'agent, 1914, tome 31, page 491.

PERREAU. — Contrôle hiérarchique en matière administrative, 1897, tome 7, page 439; tome 8, page 62.

ROLLAND. — Groupements de fonctionnaires, 1922, tome 39, page 270.

SIBERT. — Situation juridique des fonctionnaires anglais, 1911, tome 28, p. 209.

CINQUIÈME PARTIE.

Arrêts et décisions.

1°) Tribunal des conflits :

13 décembre 1879 : Arrêt Réquillé.

1^{er} juin 1889 : Arrêt Cauvet.

15 février 1890 : Arrêt Vincent.

11 juillet 1891 : Arrêt Mohamed ben Belkassem.

2 mars 1901.

16 novembre 1901 : Arrêt Greco.

11 juin 1904.

2 juillet 1904.

7 décembre 1918.

2°) Conseil d'Etat :

26 novembre 1875 : Laumonier-Carriol.

15 février 1907 : Lacourte.

13 mars 1908 : Commune de Boutevilliers.

11 décembre 1908.

21 novembre 1923.

3°) *Tribunaux de l'ordre judiciaire :*

Cour d'Agen : 24 mars 1903.

Cassation : chambre civile : 7 février 1923.

Cassation : chambres réunies : 15 juin 1923.

Cassation : chambre civile : 25 juin 1923.

Seine (Tribunal correctionnel) : 26 mars 1924.

Vu : Le Doyen,

Edgar ALLIX.

Vu : le Président de la thèse,

Achille MESTRE,

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

CHARLÉTY.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION GÉNÉRALE	5
-----------------------------	---

TITRE PREMIER

Le devoir d'obéissance	11
------------------------------	----

CHAPITRE PREMIER : <i>Qu'est-ce que la hiérarchie ? En quoi consiste-t-elle ? Quelle est son utilité ?</i>	11
--	----

CHAPITRE DEUXIÈME : <i>Nature juridique du devoir d'obéissance</i>	24
--	----

CHAPITRE TROISIÈME : <i>A quels agents ce devoir d'obéissance s'applique-t-il ?</i>	38
---	----

CHAPITRE QUATRIÈME : <i>Distinction de la hiérarchie et du contrôle</i>	47
---	----

TITRE DEUXIEME

Limites du devoir d'obéissance	55
--------------------------------------	----

CHAPITRE PREMIER : <i>Limites du devoir d'obéissance des militaires</i>	58
---	----

A) Rapports des militaires avec l'autorité civile	59
---	----

B) Rapports des militaires entre eux, à l'intérieur de la hiérarchie	62
--	----

CHAPITRE DEUXIÈME : <i>Responsabilité pénale des fonctionnaires civils</i>	68
--	----

CHAPITRE TROISIÈME : <i>Responsabilité civile des fonctionnaires</i>	76
--	----

1 ^{er} système (Allemagne) Irresponsabilité absolue de l'agent obéissant	79
--	----

2 ^e système (Etats-Unis, Grande-Bretagne) Responsabilité de l'agent	81
---	----

3^e système (France)

Appréciation de fait de la responsabilité par la juridiction saisie	84
---	----

TITRE TROISIEME

Sanctions du devoir d'obéissance	101
---	------------

CHAPITRE PREMIER : <i>Sanctions du devoir d'obéissance des militaires</i>	104
A) Le refus d'obéissance	104
B) La révolte	107

CHAPITRE DEUXIÈME : <i>Sanctions du devoir d'obéissance en matière administrative</i>	111
La discipline des fonctions publiques	111
A) Les peines disciplinaires	114
B) Autorité compétente et procédure, en matière disciplinaire	117

CHAPITRE COMPLÉMENTAIRE : <i>Le devoir d'obéissance des fonctionnaires internationaux</i>	123
---	-----

TITRE QUATRIEME

Les doctrines récentes tendant à supprimer ou à atténuer le devoir d'obéissance. Les transformations du droit public à l'étranger	129
--	------------

CHAPITRE PREMIER : <i>Le mouvement syndicaliste. Ses causes, son but</i>	131
--	-----

CHAPITRE DEUXIÈME : <i>Les tendances nouvelles du mouvement syndicaliste. Transformation de la fonction publique</i>	143
A) syndicalisme intégral	144
B) Critique de la doctrine du syndicalisme intégral	149
C) Transformations du droit public à l'étranger	152
1° L'Italie fasciste	153
2° La Russie des Soviets	154

CONCLUSION	157
------------------	-----

<i>Bibliographie</i>	161
----------------------------	-----

<i>Table des matières</i>	165
---------------------------------	-----

